Archiv
für die
Civilistische Praxis.

Fünfunddreißigster Band. Zweites Heft.

VI.

Ueber das Normiren des Beweises eines rechtlichen Zustandes, und den Einfluß der Klagebegründungsart auf die Gestaltung des Civilprozesses.

Von
Herrn Dr. **T. Brackenhoeft**,
Privatdocenten in Heidelberg.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. IV. im vorigen Heft.)

§. 10.

Der Einwand des Beklagten, daß ein von dem Kläger verschwiegener Umstand existire, welcher das Eintreten der von dem Kläger behaupteten Aneignung verhindert habe, entspricht derjenigen Vertheidigung, die man bald als prägnante Negation,[1]) bald als verneinende Einrede[2]) bezeichnet findet, die bald aber auch in die Categorie der gemischten Einreden[3]) gestellt worden ist. Er kann in einem zwei-

1) Lauterbach: coll. XLIX. 1. §. 3. Voet: comm. ad Pand. XXII. 3. §. 10. Boehmer: Ius eccl. Prot. II. 19. §. 5, et ibid. cit. Weber: v. d. Verbindlichkeit z. Beweisf. Ausg. v. Heffter VI. §. 14. lit. d. p. 154. Vgl. m. Erörter. zu Linde S. 449 ff.

2) Thibaut: Syst. d. Pand. R. §. 1177. III. S. 76. Gönner in Danz: Grundſ. d. g. Proz. §. 155. Reinhardt: Handb. d. Proz. I. §. 125.

3) Schmidt: die gemischten Einreden S. 76 ff.

fachen Sinne aufgefaßt werden. Er kann entweder eine Rüge der Unrichtigkeit der gewählten Klageart sein, oder das Bestreiten eines der Sache selber angehörigen Erfordernisses[4]). Im erstern Falle wäre sein Inhalt der: es habe der Kläger nicht eine auf den Erwerb eines angeeigneten Gegenstandes gegründete Klage anstellen, sondern er habe nur den Richter um die Verwirklichung eines Zustandes, des Besitz- oder Obligationszustandes, anrufen dürfen, wobei ihm dem Beklagten, der Vorzug in Ansehung der Verwirklichung eines entgegenstehenden Zustandes zum Zwecke der Abwehr verblieben sein würde. Mit anderen Worten heißt das: es habe der klagende Theil keine römische Klage anstellen, sondern nur einen germanischen Prozeß durch einen Angriff[5]) einleiten dürfen. Bei einem solchen Angriffe, der keine Feststellung der Gesammtheit der Grundlage des bevorstehenden Rechtsstreits, sondern nur eine Begründung seiner Vornahme[6]) erfordert, bleibt dem Angreifenden die Befugniß, dann, wenn die Abwehr des Angegriffenen es erforderlich macht, eine andere Substanz an die Stelle der dem Angriffe untergelegten zu benutzen. Die Unzulässigkeit einer mutatio libelli ergreift diese Substanz nicht, indem sie sich in Prämissen verwandelt[7]); der Angriff und die Abwehr

4) Gleichgültig bleibt es hier, daß man ihn auch als ein Läugnen des Klagegrundes (also nicht der thatsächlichen Substanz des Klagerechts, sondern des daraus entspringenden juridischen Faktum: m. Aufs. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 260; Erörter. z. Linde S. 405 ff.) auffassen kann, und daß er dem Effecte nach bald dilatorisch, bald peremptorisch ist; Eigenschaften, welche bei Schmidt a. a. O. untersucht werden.

5) M. Aufs. in d. Zeitschr. f. d. R. V. Nr. 6. §. 1. nach not. 10.

6) Die häufig durch eidliche Bekräftigung seines Rechts zu bewerkstelligen ist: ebendas. §. 1. not. 11. 31. §. 2. not. 3. 39. §. 3. not 7; m. Grundl. d. g. d. R. §. 15. S. 134. 135. not. 17. 18. 22. Die s. g. Bejawortung, die bisweilen im deutschen Prozesse sich findet, ging auf die Feststellung dieser Grundlage nicht. Vgl. m. Erörter. z. Linde S. 352.

7) Oben §. 5. a. Anf.

sind ohne prozessualische Substanz, und nur dem Prozeßmittel, welches zur Herstellung der Wirksamkeit des bereits Verwirklichten dient, kann eine solche zugeschrieben werden. Und wenn eine Parthei die Prämisse in Gestalt einer solchen Substanz dem Richter vorlegt, so kann dadurch die prozessualische Geltung nicht verändert werden. Hat sie z. B. einen Angriff darauf gegründet: daß sie ein Jahr hindurch einen Acker bestellt und benutzt habe, und deshalb Schutz gegen die Störungen des Gegners verlange; so kann sie, nachdem der Gegner eingewendet hat: daß er in demselben Jahre dasselbe gethan habe; ihm entgegensetzen, daß er dies mit Gewaltthätigkeit oder Heimlichkeit gegen sie oder auf ihr bittweises Gestatten gethan habe, oder daß die eine seiner Handlungen von der einen, die andere von der anderen dieser mangelerzeugenden Eigenschaften begleitet gewesen sei. Hier ist der Richter allerdings im Stande, eine specielle Beweisauflage zu fassen. Aber er könnte dem Kläger den Beweis dieser letzteren Behauptungen, sofern es sich um die Priorität der Beweise handelt, nicht als einen Klagebeweis, sondern erst als einen Replikenbeweis auferlegen, nachdem er zuerst vom Beklagten den Beweis der seinseitig behaupteten Besitzhandlungen gefordert hätte. Er verstattet indeß hier nur in dieser Ordnung die Beweise, da sie als gewerende Mittel[8]) zur Verwirklichung eines Zustandes nicht die Folge einer durch eine mittelst der Litiscontestation vorgenommene Aneignung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses übernommenen Beweispflicht[9]), sondern Folge einer Vertheidigungsbefugniß sind[10]), so daß die Last, welche die

---

8) M. Grundl. d. g. d. R. §. 15. S. 132ff.

9) Oben §. 6. not. 1. §. 8. not. 5. Den Ausdruck: Beweispflicht, darf man nicht, wie neuerdings vorgeschlagen worden, aufgeben. Aber man muß einer solchen Pflicht, die in Ansehung der prozessualischen Substanzen besteht, die Beweislast, die auch in Ansehung der Prämissen stattfindet, unterscheiden.

10) Oben §. 8. bei not. 3.

heutige Gestaltung der Beweisführung mit sich bringt[11]), als eine freiwillig übernommene angesehen werden muß[12]). Bei einer eigentlichen römischen Klage, welche die ganze Grundlage der vollendeten klägerischen Aneignung enthalten muß, würde aber die Vergewisserung dieser Behauptungen des Klägers zum Klagebeweise gehören müssen. Sie könnten indeß deshalb nicht bei dieser Klageform im angegebenen Falle als Theil der Klagebegründung behandelt werden, weil sie verspätet vorgebracht wären. Es ist aber bei dieser Klageform auch keinesweges nothwendig, daß der Richter dem Kläger eine Veranlassung zu diesem Vorbringen gibt. Stellt er seine Klage dahin: 1) ich habe den Acker in dem Jahre 1850 bestellt und benutzt, 2) der Beklagte hat mich im Besitze gestört; antwortet der Beklagte: ich läugne Nr. 1. und Nr. 2; so ist der Richter in der Lage, sofort ohne weitere Vernehmung des Klägers einen Beweis aufzulegen. Zwar hat der J. R. A. §. 37. dem Beklagten vorgeschrieben, in seiner Antwort auf die Klage auch zu sagen: ob und worin das Factum anders, als der Kläger es vorgebracht habe, und wie es sich eigentlich verhalte. Allein wenn die Klage so gestellt ist, wie angegeben, so sind die Besitzhandlungen des Beklagten vielmehr ganz andere Thatsachen, als diejenigen, von denen der Kläger geredet hat. Wird nun der Inhalt der Klage zum Beweise verstellt, so sind dem Ergebnisse dieses Beweises gegenüber Besitzhandlungen des Beklagten im Jahre 1850, auf welche letzterer einen Gegenbeweis richten möchte, nicht

---

11) Nachdem Eid und Kampf, so wie Gottesurtheil im engern Sinne, hinweggefallen sind, bei denen die Belästigung, sofern eine solche damit verbunden war, immer keine absolute für jeden gleichartige, sondern immer mehr oder weniger nach der natürlichen Individualität verschieden und von dieser abhängig war.

12) Ob nicht auch der Beweis der Einrede überhaupt von demselben Gesichtspunkte aufzufassen und nur zu verstatten ist: das ist, wenn man bloß die ausdrückliche Gesetzesvorschrift in's Auge faßt, keinesweges ganz festgestellt. Vgl. oben §. 2. not. 1.

allein zur Widerlegung des Grundes der Klage ungeeignet, sondern sie sind auch, da jenes Ergebniß der gleichzeitige Besitz des Klägers ist, Besitzstörungen; und der Beklagte beweiset also mit ihnen gegen sich selber seine eigne Contravention, welche ihn der Verurtheilung unterwirft. Der Richter kann aber bei dieser Lage eine andere specielle Beweisauflage nicht machen. Selbst wenn man sagen wollte: es dürfe der Richter auch wohl einen Beweis über Thatsachen fordern, welche der Beweisführer nicht behauptet habe, so ist doch dazu die Möglichkeit hier factisch ausgeschlossen. Welche Besitzhandlungen des Beklagten sollen denn dem Kläger als solche vorgelegt werden, deren Mangelhaftigkeit er darzuthun hat, wenn der Beklagte gar keine Besitzhandlungen behauptet hat? und welcher Mangel soll denn dem Kläger zu beweisen auferlegt werden, wenn er keinen genannt hat? Und will man etwa sagen: der Richter könne dem Kläger zu beweisen auferlegen, 1) daß der Beklagte keine Besitzhandlungen vorgenommen habe, und 2) daß wenn er solche vorgenommen habe, dieselben entweder gewaltsam, oder doch heimlich, oder doch bittweise vorgenommen seien; so beweiset er durch den ersten Satz, daß der Beklagte ihn nicht gestört habe, und es wird hier ihm ein Beweis gegen sich selber auferlegt. Ferner ist aber diese Beweisauflage auch sehr entfernt davon, eine specielle zu sein. Um speciell zu sein müßte der erste Satz bestimmte Besitzhandlungen des Beklagten ausdrücken, und der letztere nicht allein diese, sondern auch die Merkmale, durch welche ihnen jene Mängel zu Theil werden. Der Beweis eines Mangels fällt aber keinesweges mit dem Beweise eines Merkmals desselben zusammen. Gewaltsamkeit gegen den Kläger bei einer Besitzhandlung von Seiten des Beklagten würde immerhin nur Schutz des eignen Besitzes des letztern sein können; sie würde erst dann der Besitzhandlung die Eigenschaft der Gewaltsamkeit mittheilen, wenn der Kläger im Zustande des Besitzes gewesen wäre. Der zweite Satz dahingegen würde eben nur dadurch er-

wiesen werden können, daß der Kläger Thatsachen zur Beweisführung auserwählte, welche genügten, um seinen Besitz zu begründen. Es wäre also nur der Unterschied von einer allgemein auf den Besitz des Klägers gerichteten Beweisauflage gegeben, daß ihm in dem ersten Satze ein Beweis auferlegt wäre, dessen Erbringen sein Unterliegen zur Folge haben müßte. Da aber das Nichterbringen dieselbe Folge haben müßte, so wäre es gewiß richtiger, ihn sofort mit der Klage abzuweisen, als ihn noch länger im Herenkreise herumzudrehen. — Im Falle jener allgemeinen auf den Besitz überhaupt gerichteten Beweisauflage könnte auf den ersten Anblick der Besitz selber als eine grundlegende Substanz der Besitzklage erscheinen. Dieser Auffassung steht aber entgegen, daß der Zustand des Besitzes, und zwar eines und desselben Besitzes, hier sowohl Grundlage als auch Gegenstand des Streites, und zwar sowohl für die eine als für die andere Parthei ist. Und wollte man nun auch prozessualisch eine Unterscheidung zwischen Grundlage und Gegenstand dadurch vermitteln, daß man sagte, der letztere sei nicht der Besitz selber, sondern nur dessen Anerkennung, so würde immer die Gemeinsamkeit der Substanz zwischen den Partheien nicht beseitigt sein; die unmöglich ist, wenn die Substanz der einen Parthei mit einer rechtlichen Wirkung bekleidet sein muß, welche der rechtlichen Wirkung der Substanz der Gegenparthei widerstreitet. Nur die Qualität oder der Zustand der Besitzhandlungen einer Parthei kann als eine ihr einseitig und ausschließlich angehörige rechtliche Grundlage ihrer Befugniß auf Schutz im Besitze angesehen werden. Allein sie bedarf wiederum einer Grundlage, die sich nur in dem Mangel eines Besitzzustandes des Gegners findet, der wiederum nicht eine prozessualische Substanz der ihrseitigen Befugniß, sondern nur eine Voraussetzung derselben sein kann. Denn dieser Mangel eignet sich nur dann zu einer solchen Grundlage, wenn er der Besitzhandlung, um deren Qualität es sich handelt, vorherging; also nicht das Erzeugniß davon ist, daß diese Besitz-

handlung den ihrseitigen Besitzzustand hervorrief, sondern im Verhältniß zu ihr als der Urzustand sich darstellt. Dieser Urzustand eignet sich aber zu einer prozessualischen Substanz einer ausschließenden Befugniß deshalb nicht, weil er vor jeder erwerbenden Thätigkeit liegt, und daher nur Genossenschaftlichkeit zu begründen vermag.

§. 11.

Es wirft sich aber noch die Frage auf: ob nicht in der That jene vorhin dargestellte Klage sofort, ohne nur den Beklagten zu hören, abzuweisen gewesen wäre? In dem Satze Nr. 1: ich habe den Acker in dem Jahre 1850 bestellt und benutzt, ist allerdings die vollständige äußere Erscheinung eines Besitzes gegeben, wenn man sich denkt, daß der Kläger mit dem Acker gänzlich aus der Genossenschaft der Erdbewohner geschieden sei, daß der Acker gleichsam aus dem Erdboden herausgeschnitten und von ihm geschieden gewesen wäre, wie der Mond es ist. Hätte der Kläger Eigenthum gehabt, so würde eine solche Scheidung auch der Rechtsidee nach gegeben sein [1]) und die Klage stellte eine vollständige Ausübung des erworbenen Eigenthums dar. Denn bestellen und benutzen ist Alles, was man mit einem Gegenstande, der ein Acker ist, von alienirenden Handlungen abgesehen, eben ausrichten kann, wenn es keiner absondernden Thätigkeit anderen gegenüber weiter bedarf. Eine solche, oder doch das Verharren in einem absondernden Zustande, gehört aber zum Besitze [2]); der des Urzustan-

1) Nemlich beim römischen Eigenthum, welches den Wohnplatz der Menschen in Grundstücke zerlegt: m. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. I. S. 3. not. 5. Nr. V. S. 9.

2) Im römischen Sinne als Ausübung des neuen römischen Eigenthums (oben not. 1.), des eigentlichen dominium (im Gegensatze des usus: oben §. 3. not. 2.), wozu der absondernde animus domini gehört, der zu der germanischen gemeinen Gewere nicht gefordert wird: m. Auff. in d. Zeitschr. f. d. R. III. Nr. I. §. 1. not. 17.

des der Genossenschaftlichkeit noch immer als nothwendiger Voraussetzung bedarf, während das Eigenthum an seine Stelle seine grundlegende Substanz setzt. — Der Besitz wäre also nur substantiirt, wenn der Kläger gesagt hätte: er allein habe den Acker bestellt und benutzt; also niemand als er, auch nicht der Beklagte. Das wäre aber wiederum zu viel. Denn der Kläger könnte immerhin Besitzer gewesen sein, auch wenn ein anderer, selbst der Beklagte, den Acker, und zwar für sich selber, bestellt und benutzt hätte, sobald er den Kläger im Besitze repräsentirte oder seine Handlungen ihm gegenüber fehlerhaft gewesen wären. Sofern die Besitzklage eine Besitzstörung und diese eine Besitzhandlung des Beklagten voraussetzt, so muß auch die Besitzthätigkeit des Klägers zur Substantiirung eines Besitzes desselben zur Zeit der Besitzstörung immer mangelhaft und der Besitz unverwirklicht sein, weil sie in diesem Augenblicke keine ausschließliche mehr war. Nur als Voraussetzung des Besitzes kann sie in genügendem Umfange vorhanden sein. Es ist überdieß in der That gar nicht möglich, einen Besitz grade genügend und ohne Ueberladung zu substantiiren, wenn man nicht schon im Voraus darüber gewiß ist, inwiefern der Gegner keine eignen Besitzhandlungen behaupten und erweisen wird. Und das gilt von jedem Zustande, weil dessen Verwirklichung immer davon abhängt, daß nicht ein Gegner einen entgegenstehenden Zustand verwirklicht. Will man also das Erforderniß einer Substantiirung auch auf Besitzklagen anwenden, so wird man dabei als sich von selber verstehend betrachten müssen, daß die vorgetragene Substanz, oder vielmehr die als Substanz vorgetragene Masse der Voraussetzungen, nur insoweit benutzt werden solle, als es zur Begründung des Besitzes im Verlaufe des Prozesses erforderlich seyn werde. Dann wird man aber den Kläger nöthigen, alles nur Ersinnliche vorzubringen, ohne daß er damit gesichert ist, die mögliche Vollständigkeit im ausreichenden Grade erreicht zu haben.

In diesem Falle wird man indeß verlangen dürfen, daß

der Kläger, eben so wie wenn man ihm die Substantiirung ganz erläßt, in dem historischen Theile seiner Klage mit ausdrücklichen Worten behaupte: daß er besessen habe, oder: daß er besitze. Es kann keineswegs genügen, wenn es nur aus der Klage überhaupt ersichtlich ist, daß es sich um den Besitz handle, wie z. B. in dem angegebenen Beispiele durch die Anführung: daß er im Besitze vom Beklagten gestört worden sei. Denn es ist nicht gleichgültig, ob im Prozesse eine behauptende, oder eine demonstrirende, oder eine disponirende (beantragende oder anordnende) Ausdrucksweise beobachtet wird. Wenn man darauf kein Gewicht legt, so verkennt man es, daß das Wort im Prozesse dessen Zustand gestaltet, und daß diese Gestaltung, in der Art wie sie einmal geschehen, vom Richter aufrecht erhalten werden muß, und zwar für die eine wie für die andere Parthei. Ist dies aber der Fall, so muß in einem Vortrage, in welchem mehrere Gestaltungsarten gefunden werden können, auch die Ausdrucksweise es erkennbar machen, welche Gestaltungsart hergestellt sein soll. Ausdrucksweise und Aufeinanderfolge haben hier eben so wohl ihre Bedeutung, als im Wechsel [3]). Besitzhandlungen können eben so wohl Substanzen eines aneignenden Rechts als eines Zustandes sein, und also im Prozesse entweder Substanzen bleiben oder Prämissen werden [4]). Bildet eine eigentliche Klage [5]) die Regel des Prozesses, so muß eine dem Anrufen des Richters beiwohnende abweichende Eigenschaft erkennbar gemacht sein. Durch den Antrag auf Restitution oder Schutz eines Besitzes ist diese Erkennbarkeit keineswegs mit Nothwendigkeit gegeben, da, wenn die Rechtsgewöhnung dafür ist, darin auch die Verfolgung eines angeeigneten Gegenstandes gefunden wer-

3) Auch in richterlichen Aussprüchen, weshalb es keineswegs gleichgültig ist, ob etwas in dem Urtheile oder unter den Entscheidungsgründen ausgesprochen ist.

4) Oben §. 5. a. Anf.

5) Ebendas. nach not. 5.

den kann[6]), und die regelmäßige Klageform zu dieser Auffassung hindrängt. Ist jene Behauptung des Besitzes nicht im historischen Theile der Klage aufgestellt, oder nicht in einer Ausdrucksweise gegeben, welche einen historischen Theil gestaltet, z. B. in dem Antrage auf Anerkennung des Besitzes, so fehlt diese Erkennbarkeit, und der Beklagte vermag nicht zu erkennen, ob die Substanzen, welche er opponirt, als Substanzen von Einreden oder als Prämissen seines (directen) Gegenbeweises zu behandeln sein werden. Jenachdem jene oder diese Behandlungsweise stattfindet, wird über das Resultat des seinseitigen Beweises abgesondert von, oder in Verbindung mit, der Beurtheilung des Klagebeweises erkannt. Setzt der Beklagte sich durch Einlassung auf eine jener Erkennbarkeit ermangelnde Klagenstellung jener abgesonderten Beurtheilung aus, so tritt die Lage ein, daß das Erkenntniß über den Klagebeweis auch ohne Berücksichtigung des von seiner Seite geführten Beweises gefällt werden kann. Es tritt dies dann ein, wenn die seinseitigen Oppositionen bei der Beurtheilung des Klagebeweises als Einreden, in Ansehung des Effects des Urtheils aber als Prämissen des (directen) Gegenbeweises behandelt werden. Es wird dann die Klage als petitorisch und die Opposition als possessorisch behandelt, was dieselbe Folge für den Beklagten hat, welche für den Kläger eintritt, wenn die Opposition des Beklagten als Einrede petitorisch, die replicarische Opposition als possessorisch behandelt wird. Ein Beispiel wird die thatsächliche Möglichkeit einer solchen Behandlung bewähren. Einer Klage wegen Besitzstörung war die Einrede des Verzichts, und dieser das Ausgenommensein des Rechts, dessen Ausübung die Störung betraf, von jenem Verzichte, opponirt. Nachdem der Verzicht erwiesen, sah die erste Instanz jene replicarische Behauptung als dadurch von selber beseitigt an. Die zweite Instanz berücksichtigte deren Beweis, in-

6) Oben §. 6. nach not. 3.

dem sie den ganzen Streit als petitorisch behandelte [7]). Der Beklagte kann also vor der Einlassung verlangen, daß die eine oder die andere Behandlungsweise festgestellt sei, und soll diese die possessorische sein, so muß das durch die Behauptung des Besitzes geschehen. Indeß kann man allerdings auch mit ausdrücklichen Worten sagen, daß man besitze, ohne sich des Wortes: Besitz, zu bedienen, z. B. indem man sagt, daß man den Gegenstand ausschließlich für sich inne habe. Und wenn dies nur in der Weise gesagt ist, daß das Gesuch des Klägers als eine Folge davon erscheint, so bildet die Stelle, an welcher es gesagt worden, immer einen historischen Theil in der Klage. Man kann daher jenes Erforderniß der Sache nach gegeben finden, wo es der äußeren Anordnung nach fehlt. Aber als principielles Erforderniß muß es dennoch festgehalten werden, und es muß eine Klage verwerflich erscheinen, in welcher der Besitz nur demonstrirender Weise ausgedrückt ist, z. B. in der Weise: den Acker, welchen ich besitze, hat der Beklagte gewaltsam benutzt. Denn hier hat der Kläger seinen Besitz als einen verwirklichten Zustand vorausgesetzt, und damit der von ihm behaupteten Benutzung des Beklagten den Character der Besitzhandlung selber abgesprochen, weil eine solche die Verwirklichung des klägerischen Besitzes aufgehoben haben müßte. Bei der Besitzklage auf Restitution hat sich indeß die Sache anders gestaltet, seitdem es auf die Fehlerlosigkeit des Besitzes des Entsetzten nicht weiter ankommt. Denn dadurch hört die Entsetzung auf, eine bloße Verstärkung einer Störung zu sein, und verwandelt sich in eine bloße gewaltsame

---

7) Und zwar indem sie ihn als einen petitorischen entschied und in das Possessorium zurückwies. Auf den ersten Anblick erscheint dies als eine Art von im Paroxismus begangenen Excesses in der petitorischen Richtung. Genauer die Sache besehen, kann man aber dennoch etwas richtiges darin finden. Die Entscheidung der ersten Instanz war nemlich in der That nichtig, und dieser Ausfall der Sache durch jene Erklärung einer Nichtigkeitserklärung gleich.

Aufhebung einer Besitzthätigkeit durch einen Nichtbesitzer; und die aufgehobene Besitzthätigkeit ist in der That eine aneignende Grundlage in Ansehung des Restitutionsanspruches, beziehungsweise des Entschädigungsanspruches, geworden [8]). Bei der Besitzklage wegen Störungen könnte eine gleiche Gestaltung durch Anstellung von zwei Klagen, nemlich einer von jeder Seite, erreicht werden, wenn man für den Fall, daß in der einen die eine und in der andern die andere Parthei siegte, ein Auskunftsmittel für die Zuweisung des Sieges an eine der Partheien finden könnte. Da dies aber unmöglich ist, wenn man nicht das Verfahren wieder zu einer Einheit verschmilzt [9]); so muß in Ansehung der Substanz der Sache Einheit des Streites, und damit auch die Natur dieser Substanz eine Opposition von Zuständen verbleiben; ein Fall der auch bei der Opposition von negatorischen und confessorschen Ansprüchen gegeneinander der Sache nach besteht [10]). Allein während beim Besitzstreite der Mangel des Besitzzustandes des Gegners die Voraussetzung der Befugniß jeder Parthei bildet, empfängt der confessorische Anspruch in der ihm zum Grunde liegenden abgeschlossenen Erwerbsthätigkeit eine geeignete prozessualische Substanz, die nicht in Beziehung auf das Recht, sondern nur in Beziehung auf den von ihm abhängigen Zustand der servitus rei, den er dem Zustande der libertas rei entgegenstellt, eine bloße Voraussetzung oder Prämisse bildet. —

8) Vgl. oben §. 6. nach not. 3. In der Grundlage der civilen Klage kann die possessio selber als Gegenstand der Aneignung vorkommen, so bei der condictio der possessio: L. 2. D. de cond. tritic. 13. 3; m. Identität ꝛc. S. 74. not. 1 a.

9) Oben §. 5. not. 9.

10) In der Klageform wird diese Opposition indeß dadurch beseitigt, daß nur das Recht Einer der Partheien als dasjenige constituirt wird, um dessen Anerkennung gestritten wird. Vgl. m. Erörter. z. Linde's Lehrb. d. P. S. 456. 457. not. 13. Die Geltendmachung des negatorischen Anspruches ist dann als eine Verwirklichung des Daseins des Rechtsverhältnisses des Eigenthums aufzufassen.

§. 12.

Ein Rechtsverhältniß, welches nach gegebenen Normen als verwirklicht anzusehen ist, kann vermöge eines seiner Wirksamkeit entgenstehenden Zustandes dieser Wirksamkeit entweder definitiv beraubt, oder sie kann ihm durch einen solchen einstweilen noch entzogen, oder aber von einem Zustande abhängig sein. Im erstern Falle ist der Mangel der Wirksamkeit einem Mangel der Verwirklichung des Rechtsverhältnisses aequipollent, z. B. wenn wegen Simulation, Irrthum, Zwang oder Betrug, dem Rechtsverhältnisse seine Wirksamkeit entzogen werden kann; sei es nun, daß man seinen äußeren Erforderníssen die Eigenschaft der Aequipollentien des inneren, des Consenses, des Zustandes der Simulation oder des Irrthums wegen abspricht [1]), oder die Wirksamkeit des innern Erfordernisses als durch den Zustand des Gezwungenseins oder des Betrogenseins wiederum aufgehoben ansieht [2]). Im zweiten Falle ist der Mangel der Wirksamkeit dem Mangel eines Mittels zur Verwirklichung des aus dem Rechtsverhältnisse entspringenden Anspruches aequipollent. Dahin gehören die Oppositionen der Betagtheit [3]), der Excussion und der Division [4]), welche prozessualisch der Opposition des nicht gezahlten Geldes [5]) parallel

---

1) Die Opposition der Simulation und des Irrthum ist in Beziehung auf den Consens die Opposition eines entgegengesetzten Zustandes, in Beziehung auf das Product seines Aequipollens aber die Opposition des Daseins einer entgegenstehenden Berechtigung, oder eine Einrede.

2) Wo dann die Opposition eine Einrede (m. Erörter. z. Linde S. 449. 450. not. 23) auch dem Consense gegenüber ist.

3) Von dem Falle eines besondern Befristungsvertrages ist hier abzusehen, eben so wie weiterhin von dem Falle der Hinzufügung einer Bedingung durch einen abgesonderten Vertrag. Vergl. Arch. f. c. P. XXII. S. 149. not. 20. a.

4) Bei beiden handelt es sich bloß um die Wirksamkeit der Obligation, und die erstere hat keinen größern Anspruch darauf als ein Läugnen des Klagegrundes zu gelten, als die letztere. A. M. Schmidt a. a. O. S. 90 ff. S. 102 ff.

5) Die an sich nur den Gebrauch der Urkunde, als des autonomischen Mittels zur Verwirklichung des Anspruches (Arch. f. c. P. XXXIV. S.

stehen. Im dritten wird, sofern der Zustand rechtlicher Verwirklichung fähig (nicht bloß ein factisches Hinderniß, wie die Insolvenz) ist, das Rechtsverhältniß selber einem bloßen Zustande aequipollent, indem es in einen Zustand der absoluten oder relativen Bedingtheit versetzt wird, der ihm seine Wirksamkeit entziehen kann, dadurch die Wirksamkeit desselben aufhört, Bestandtheil seines Wesens selber[6]) zu sein, und damit die Herstellung seiner Wirksamkeit einer Verwirklichung desselben aequipollent wird. Der Zustand der absoluten Bedingtheit entsteht durch die Hinzufügung einer suspensiven Bedingung[7]). Der Zustand der relativen Bedingtheit entsteht durch die Gestaltung des Gegenstandes der Aneignung zu einer bloßen Thätigkeit für die Herstellung einer Wirksamkeit, wie sie sich in dem praestare der bonae fidei negotia findet[8]). In ihm wird die thatsächliche Vergeblichkeit dieser Thätigkeit beim Mangel einer Culpa und des Zustandes der Mora, und im Zustande der absoluten Bedingtheit die rechtliche Unmöglichkeit der Herstellung der Wirksamkeit selbst der Wirksamkeit aequipollent. Ein Aequipollenzverhältniß der Zustände besteht überall, wo Zustände miteinander in Widerstreit treten, in der Art, daß der verwirklichte Zustand das Aequipollens des nicht verwirklichten wird. Der Widerstreit entsteht überall, wo verschiedene Zustände in Ansehung desselben Stoffes, d. h. desselben Mittels für gleiche Zwecke, begründet sind; ein Fall der bei Identität des Stoffes im Gebiete der Zustände immer insofern gegeben ist, als der Gestaltung eines jeden Zustandes wiederum eine entgegenstehende Gestaltung gegenübersteht, und die Gewerung der einen oder der anderen über

---

57 ff.), vernichtet, sofern sie im römischen Sinne aufgefaßt wird (vergl. oben §. 9. not. 6), wiewohl sie zugleich ein Läugnen des Klagegrundes involvirt (L. 10. C. de n. n. p. 4. 30).

6) Oben §. 5 nach not. 1.

7) Man redet hier von einer der Klage opponirten exceptio conditionis adjectae sed nondum purificatae: m. Erörter. z. Linde S. 451 ff.

8) Arch. f. c. P. XXXIII. Nr. XVI. §. 5; u. das. Cit.

deren Geltung entscheidet [9]). Daß, wie bereits in Ansehung der Besitzzustände nachgewiesen worden, widerstreitende Zustände nicht abgesondert einzeln zum Gegenstande des Richterspruches gemacht werden können, ohne daß der Spruch über den einen auch den andern ergreift, tritt vermöge jenes Verhältnisses der Aequipollenz bei allen Zuständen ein, auch wenn sie obligatorischer Natur sind. Man kann daher nicht bei der Opposition der Bedingtheit gegen eine Klage aus einer Obligation, diese Klage als ein Mittel der Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses, und die Opposition als ein gleiches Mittel in Ansehung eines andern Rechtsverhältnisses behandeln, welches das Einhalten der Bedingung von Seiten des Klägers zu seinem Gegenstande hätte. Denn von diesem Standpunkte aus würde die Opposition die Geltendmachung einer Gegenforderung sein, welche bei dem Mangel der Compensabilität zur besonderen Klage verwiesen werden müßte, der wiederum aus der Klage aus der Obligation die Litispendenz oder die rechtskräftige Entschiedenheit entgegenstehen würde. Es kann sich daher, sobald die Opposition der Bedingtheit der Klage entgegengesetzt worden, überall noch nicht unmittelbar um das Rechtsverhältniß der Obligation, sondern nur um das Dasein des die Wirksamkeit der Obligation bedingenden Obligationszustandes, oder um die Beschaffenheit des Daseins der Obligation handeln. Die Frage über sie ist von der Frage über das Zuständigsein des Rechtsverhältnisses der Obligation eben so verschieden, als die Frage über den Besitz von der Frage über das Eigenthum. Nur die Verschiedenheit besteht, daß mit der Verwirklichung des Zustandes der Wirksamkeit der Obligation, auch die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses der Obligation hergestellt ist, nicht aber mit der Verwirklichung des Zustandes des Besitzes auch die Wirksamkeit des Eigenthums hergestellt wird. Der Grund davon ist der, daß wenn

9) Oben §. 5 nach not. 1; m. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. III. IV. S. 5—7.

auch die Möglichkeit des Angeeignetseins des Gegenstandes des Rechtsverhältnisses der Obligation das Product einer Gesammtorganisation, doch dessen Aneignungs**fähigkeit** eben nur das Product des **Sonderzustandes** der Obligation ist, und dieser Sonderzustand daher zu ihm, dem Gegenstande, im Verhältnisse der Aequipollenz steht; während die Aneignungs**fähigkeit** des Gegenstands des Eigenthums des Einzelnen das Product einer **Gesammtorganisation** ist [10]), und daher die Trennung eines thatsächlichen Angeeignetseins von einem rechtlichen nur bei dem Gegenstande des letztern einer Verwirklichung fähig ist. Das Rechtsverhältniß der Obligation stellt sich demnach als ein aus dem Obligationszustande gefolgertes Aequipollens desselben dar, dessen Gegenstand sein Aequipollens (welches als das Aequipollens eines der Idee nach bereits verwirklichten Gegenstandes als ein **aequipollentes Surrogat** sich auszeichnet), wiederum in den Wirkungen der richterlichen Hülfe findet [11]), wodurch der Prozeß, als das Mittel zur Erlangung dieser Hülfe, und deren Voraussetzungen, sich wiederum zu Aequipollentien gestalten, und zwar zu Aequipollentien der grundlegenden Substanz des Rechtsverhältnisses der Obligation [12]); mögen nun diese Voraussetzungen selbstständig durch den Prozeß erzeugt und beziehungsweise durch seinen Abschluß verzehrt werden, wie Eid, Geständniß, oder Präclusion und beziehungsweise Desertion, oder mögen sie einer ausserprozessualischen Präparation bedürfen, wie das den Augenschein vermittelnde Dasein jener Substanz, Notorität derselben, das Dasein von Zeugen oder Urkunden über sie, oder das Begründetsein von Rechtspräsumtionen. Sie wirken auf den Ausfall des Prozesses gleich Prämissen der Gewißheit von Substanzen. Es ist in Beziehung auf die Erlangung der richterlichen Anerkennung eines streitigen Rechtsverhältnisses gleichgültig, ob

10) Oben §. 7 not. 3. §. 8 not. 2.
11) Oben §. 4 not. 13.
12) Oben §. 5 a. Anf.

man z. B. das Umkommen des Vaters und des Sohnes in einer und derselben Gefahr als ein Aequipollens des frühern Todes des einen, oder als eine Prämisse für die Gewißheit dieses Umstandes behandelt. In gleicher Beziehung ist es ferner gleichgültig, ob man Thatsachen, aus denen die Einwilligung einer Person gefolgert werden kann, als Aequipollentien der Einwilligung, oder als Prämissen für deren Gewißheit betrachtet. Allein in Beziehung auf die Vertheidigung gegen den Gebrauch dieser Mittel tritt die Verschiedenheit ein, daß die Auffassung derselben als Aequipollentien der Substanz der Abwehr der Wirkungen des Gebrauches derselben durch den Nachweis Raum gibt, daß die Voraussetzungen ihrer Geltung als Aequipollentien fehlen, z. B. durch den Nachweis, daß das Gegentheil desjenigen, was die Rechtspräsumtion für sich hat, sich ereignet habe. Die Auffassung des Mittels als einer Prämisse für die Gewißheit der Substanz würde dahingegen immer nur den Nachweis der Mangelhaftigkeit der Gewißheit der Prämisse oder die Deduction ihrer Unschlüssigkeit, sofern die Natur des Mittels sie verstattete, zulassen.

§. 13.

Der Nachweis des **Mangels** der Voraussetzungen der Geltung des Aequipollens sowohl als auch der Nachweis der **Mangelhaftigkeit** der **Gewißheit** der Prämisse, würde immer nur die Herstellung eines **prozessualischen Zustandes**, und insofern zwischen beiden Gleichheit sein. Der erstere unterscheidet sich aber von dem letztern dadurch, daß er die **Verwirklichung** eines **Zustandes** bildet welcher (nemlich der Zustand selber, und nicht bloß die Masse seiner Voraussetzungen) der grundlegenden Substanz des Rechtsverhältnisses angehört und daher seinen **Ursprung ausserhalb des Prozesses genommen** hat, der letztere dahingegen einen **neuen** Zustand schafft, der, als ein Zustand der prozessualischen Beweisführung selber, ausserhalb des Prozesses noch überall kein Dasein hatte. Wer

den Nachweis liefert, daß ein Geschäft nur simulirt oder wegen eines Irrthums ungültig, oder daß er wegen Zwanges oder Betruges von der Leistung des Versprochenen befreit sei, der verwirklicht dadurch nur den ausserhalb des Prozesses bereits eingetretenen Zustand der Simulation, des Irrthums, des Betrogenseins und des Gezwungenseins in seinen rechtlichen Folgen; nemlich die Ungeeignetheit der Consenserklärung als Aequipollens des Consenses, beziehungsweise die Ungeeignetheit des Rechtsverhältnisses als Aequipollens des Obligationszustandes [1]. Die Auffassung dieser Zustände, als Grundlagen einer befreienden Wirkung, zieht sie zwar in die Sphäre der Herstellung der Wirksamkeit der Befreiung oder der Einrede hinüber [2]. Allein die Thatumstände, welche diese Zustände erzeugt haben, müssen in dem Gebiete der Prämissen ihrer Gewißheit verbleiben, so lange nicht diese Zustände als juridische Thatsachen betrachtet werden, nemlich als solche die den vollständigen Grund des Daseins eines Rechtsverhältnisses in sich schließen [3]. Diese Auffassung würde aber voraussetzen, daß durch diese Zustände dem, der sich ihrer zu seiner Befreiung bedienen kann, ein Gegenstand mittelst derselben angeeignet worden wäre, und zwar ein solcher, dessen Aneignung auch unabhängig von dem richterlichen Schutze als verwirklicht gedacht werden kann, und nicht etwa nur in diesem Schutze besteht [4]. Der einzige auffindbare Gegenstand könnte die Befreiung von einer Leistung sein, die indeß mit dem richterlichen Schutze gegen die Folgen der Geltendmachung in der Weise zusammenfällt, daß sie von ihm nicht unterscheidbar ist, wenn man sie nicht unter den Begriff einer Gewere gegen jene Geltendmachung stellt; wodurch der **Nachweis jener Zustände den Character**

---

1) Oben §. 12 not. 1. 2. 11.
2) Oben §. 12 not. 1. 2.
3) M. Erörter. z. Linde S. 133 not. 19—22. S. 345—347.
4) Oben §. 1 not. 1. 2. §. 2.

einer Gewerung erhält[5]). Der Herstellung der Wirksamkeit eines verwirklichten Rechtsverhältnisses gegenüber kann indeß seiner Natur nach eine Gewerung nicht stattfinden, weil sie der Aneignung widerstreiten würde, die durch das Rechtsverhältniß begründet ist. Die Zulässigkeit einer solchen Gewerung setzt also einen Mangel in der in's Dasein getretenen Verwirklichung des Rechtsverhältnisses und dessen Zurückführung auf einen bloßen Zustand voraus; wie er auch im Falle der Bedingtheit gegeben ist. Diese Zurückführung ist aber, wenn der Gegenstand der Aneignung in der zukünftigen Handlung eines Verpflichteten besteht, nicht bloß dann ermöglicht, wenn ihm eine rechtliche Befugniß zur Seite steht, sich der Leistung derselben zu entziehen, sondern die bloße Möglichkeit, die Wirksamkeit der Obligation durch Nichtleistung zu hindern, gibt dem Verpflichteten das Mittel dazu in die Hand, da sie das Dasein des Gegenstandes der Aneignung, und damit diese selber, nothwendig ausschließt. Ist demnach die Verwirklichung des Rechtverhältnisses der Obligation nicht von dem Dasein dieses Gegenstandes unabhängig gestellt[6]); so kann die Obligation im Rechtsstreite nur als ein Zustand wirken, dessen Verwirklichung andere Zustände vermöge der ihnen beiwohnenden Gewerung entgegen treten können. Die Hinderung der Wirksamkeit führt also, wenn jene Unabhängigkeit nicht hergestellt ist, zu einem Mangel der Verwirklichung des Obligationszustandes, und der Rechtsstreit bewahrt die Eigenschaft eines Mittels der Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses nicht, sondern wird ein Mittel zur Verwirklichung eines Zustandes. Jene Un-

5) M. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. IV. S. 7 not. 18.

6) So im römischen Prozesse, sofern der Gebrauch von Exceptionen als ausgeschlossen angesehen werden kann, indem die besondere Gestattung derselben durch den Magistrat als eine Ausnahme erscheint; und nach eingetretener rechtskräftiger Verurtheilung, sofern man den Zustand der Rechtskraft mit dem streitig gewesenen Rechtsverhältnisse identificirt.

abhängigkeit ist aber immer aufgehoben, sobald eine Vertheidigung zugelassen ist, die nicht entweder unmittelbar die Entstehung des Rechtsverhältnisses läugnet oder dessen unmittelbare Wiederaufhebung behauptet. Dahin gehört jede Vertheidigung, die in das Gebiet der römischen exceptio fällt.

§. 14.

Die römische Exception ist anerkannt eine Vertheidigung, welche das Daseyn des der Klage zum Grunde gelegten Rechtsverhältnisses überall nicht in Frage stellt. Schon deßhalb muß ihr der Character einer Gewerung, nemlich der Verwirklichung eines Zustandes, zu Theil werden. Es ergibt sich diese Eigenschaft aber auch daraus, daß ihr immer nur ein Factum, und nie ein Rechtsverhältniß, zum Grunde liegt [1]. Die unmittelbare Beziehung des prätorischen Schutzes auf das Factum hinderte im römischen Rechte zwar die Ausbildung eines besondern Rechtsbegriffes der Gewere. Allein, daß deßhalb die Gewerung der Sache nach den prätorischen Schutzmitteln fremd gewesen sei, folgt daraus um so weniger, als ohne sie die Zuständigkeit eines solchen Mittels für eine Parthei als ein Rechtsverhältniß aufgefaßt werden müßte, dazu aber ein geeigneter Gegenstand fehlt [2], und auch eine solche Auffassung sich nicht geltend gemacht hat. Nur wurde im römischen Rechte das Mittel der Gewerung durch die Klageform der Parthei aus der Hand genommen, und in die Hand des Richters gelegt, wodurch die dazu erforderliche Beweisführung den Character einer Befugniß zur Abwehr verlor. — Und in Ansehung der Exception bezeugt grade die Art, wie die Quellen sich über ihre Zuständigkeit aussprechen, die Bedeutung der Gewerung. Obgleich sie als mit der Existenz des Exceptionsgrundes be-

---

1) M. Erörter. z. Linde S. 430 ff. u. das. Cit. — Wenn man die heutige Einrede der Exception gleichstellt, so kann es noch fraglich erscheinen, ob sie in gleicher Weise wie die Klage, einer Begründung durch eine Substanz bedarf. Vgl. oben §. 2. not. 1.

2) Oben §. 13. not. 3.

reits gegeben angesehen wird, so wird doch ihre Verwirklichung immer erst auf den künftigen Prozeß bezogen[3]). Der römische Grundsatz: exceptio doli et exceptio pacti conventi bonae fidei judicio insunt[4]), liefert den Beweis, daß in diesen judicia es sich eben nur um die Verwirklichung von Obligationszuständen handle. Denn sonst könnte, was hiernach angenommen werden muß, der Gebrauch dieser gewerenden Mittel nicht in der Natur dieser judicia begründet sein. Da indeß die Klage, durch welche sie eingeleitet wurden, eben so wie bei anderen judicia, in denen der Gebrauch jener Mittel nur vermöge besonderer Gestattung des Magistrats stattfinden konnte, zu ihrer Begründung der Behauptung eines Rechtsverhältnisses, des dare facere oportere, bedurfte[5]); so wirft sich die Frage über die Ursache dieser Eigenthümlichkeit auf. Sie scheint darin zu liegen, daß, obgleich die eingeführte Form der Einseitigkeit des judicium eine solche Behauptung zur Begründung der Klagenstellung erheischte, man doch bei dem bonae fidei negotium keinen Zeitpunkt für eine Verwirklichung eines Gegenstandes eines Angeeignetseins fand, ehe eine Verwandlung der Leistung durch ein dem Geschäfte widerstreitendes Verhalten einer Parthei eingetreten war, daß aber die Art dieser Verwandlung wiederum nicht geeignet erschien, in ihr in jeder Beziehung die Wirkung einer Aneignung zu finden, indem nur dem Theile gegenüber, der sich jenes Verhalten zu Schulden kommen lassen, eine solche Wirkung zu Gunsten des andern Theils gerechtfertigt erscheinen konnte. — Die Natur dieser negotia bietet überall keinen geeigneten Gegenstand der Aneignung dar, da die Leistung entwe-

3) M. Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XII. Nr. V. §. 5. not. 17 — 22.

4) L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 16. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 3. §. 3. D. pro socio 17. 2. L. 21 f. D. sol. matr. 24. 3. L. 58. D. de H. P. 5. 3. L. 7. §. 5. 6. D. de pactis 2. 14. L. 3. D. de rescind. vend. 18. 5.

5) Oben §. 4. not. 14.

der an sich ein unerzwingbares [6]) praestare ist, oder das Recht auf dieselbe von einem praestare des Berechtigten abhängig; das praestare aber nur ein Mittel zur Aneignung ist, dessen Verwirklichung immer von Zufälligkeiten abhängig bleibt. Die verschuldete Vereitelung der Verwirklichung des praestare von Seiten des zu demselben Verpflichteten schließt ihn von der Befugniß aus, sich durch dasselbe von der Verhaftung, die als Mittel der Verwirklichung der Obligation dient, zu liberiren [7]), und begründet den Zustand der Mora [8]). Sie ist das Moment, welches, gleich der Litiscontestation [9]), das praestare in ein dare facere verwandelt, und wenn dieses dare facere bei der Litiscontestation des Formelprozesses in den bonae fidei judicia, eben so wie bei anderen persönlichen Klagen, als Gegenstand der Aneignung aufgestellt wurde [10]), so folgt daraus doch nicht, daß die ursprüngliche Natur des negotium dadurch bedeutungslos geworden wäre. Aber Unabhängigkeit vom Dasein eines Gegenstandes, die im stricti juris judicium dadurch erlangt wurde, daß die Geltendmachung eines dem Rechtsverhältnisse widerstreitenden Zustandes, nemlich regelmäßig, ausgeschlossen war; durfte hier allerdings nicht stattfinden, wenn jene Natur ihre Bedeutung bewahren sollte. Die Litiscontestation erscheint bei den bonae fidei judicia als eine verwirklichende Reproduction des in dem Zeitpunkte des Eintretens der Mora vorgegangenen Verwandelungsacts [11]). Von diesem Stand-

6) Arch. f. c. P. XXXIII. Nr. XVI. §. 5. S. 398.

7) L. 24. §. 4. D. locati cond. 19. 2. L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. Gleiche Wirkung hat die Litiscontestation: L. 84. D. eod. Madai: die Lehre v. d. Mora §. 67.

8) Die dann hier, wo die Nichtleistung nur im Falle des Verschuldens eine Nichterfüllung wird, allerdings eine Culpa voraussetzt, aber auch ein Schuldverhältniß neu begründet, welches vorher noch nicht bestand: Arch. f. c. P. XXXIII. Nr. XVI. §. 5.

9) L. 84. D. cit.

10) Arch. f. c. P. a. a. O.

11) Bei Obligationen die ursprünglich auf ein dare facere gingen, wo also die Mora eine solche Verwandlung nicht mehr erzeugen konnte,

punkte aus mußte die Wirkung der Aufstellung jener Aneignung sich auf die Vermittelung der Gestaltung des judicium als eines Verfahrens zur Herstellung der Wirksamkeit eines verwirklichten Rechtsverhältnisses beschränken. Die Folge dieser Gestaltung war dann die, daß dem Beklagten die Eigenschaft eines Gegenklägers entzogen war[12]), und seine Gewerung entweder die Bedeutung einer auf eine Aufhebung der Obligation gestützten und die intentio vernichtenden defensio[13]), oder aber die Gestalt einer exceptio empfing und dann die intentio unberührt ließ.

§. 15.

Da der römische Formelprozeß zur Grundlage der Klage bei der formula in jus concepta auch die Behauptung der Fortdauer des Rechtsverhältnisses erfordert, so konnte das Berufen auf das Aufgewendetsein des contractlichen Fleißes, oder, was eben so viel ist, auf die durch Zufall herbeigeführte Unmöglichkeit[1]), welches der Klage aus einem bonae fidei negotium wegen Nichtvornahme der entsprechenden Leistung entgegen gesetzt wurde, und ebenfalls das Berufen auf das Verschulden des Klägers, zwar die Bedeutung einer defensio annehmen. Allein man wird eine solche defensio im bonae fidei judicium schwerlich von der exceptio geschieden haben[2]). Denn wenn auch das quod interest des praestare, oder vielmehr des non praestitum esse, hier in

---

sondern nur eine Verwandlung in die aestimatio übrig blieb, erlangte diese ihre Verwirklichung ebenfalls erst durch durch die L. C. Allein diese Verwandlung wird durch die L. C. des b. f. jud. nicht fixirt, sondern es bleibt die Wahl zwischen dem Zeitpunkte der Mora und dem Zeitpunkte der Contemnation: L. 3. §. 3. D. de act. amti 19. 1.

12) Oben §. 5. not. 7.

13) Oben §. 4. not. 11.

1) Denn was durch den contractlichen Fleiß nicht bewirkt werden kann, gilt als zufällige Unmöglichkeit.

2) Ueber die Beweislast des Opponenten: L, 9. §. 4. D. locati 19. 2. L. 5. C. de pign. act. 4. 24; mit L. 1. §. 13. D. de magistr. conv. 27. 8. L. 11. D. de prob. 23. 3. L. 11. D. de peric. et comm. 18. 6.

dem dare facere gegenständlich gemacht war[3]), so deutete doch der Zusatz ex bona fide an, daß diese Gegenständlichkeit rescissibel war, und der Streitstoff auf die Gestalt eines ein quod interest begründenden Obligationszustandes zurückgeführt werden konnte, also auf die Gestalt des Streitstoffes der actio in factum concepta[4]), in welcher jede positive Opposition eine exceptio war[5]). Im heutigen Prozesse, wo die Behauptung der Entstehung des Rechtsverhältnisses zur Begründung der Klage genügt, wird die Bedeutung der fraglichen Vertheidigung als eines Mittels zur Erlangung der richterlichen Gewerung erst dann verwischt, wenn man die Präsumtion der Fortdauer des einmal enstandenen Rechtsverhältnisses mit in den Grund der Klage hineinzieht. Allein man pflegt umgekehrt aus dieser Präsumtion abzuleiten, daß es der Behauptung der Fortdauer des Rechtsverhältnisses zur Begründung der Klage nicht bedürfe. Daher trägt alles was, außer dem Läugnen der Substanz, der Klage entgegengesetzt wird, den Character der Gewerung an sich, stellt sich der römischen exceptio bei der prätorischen in factum concepta actio parallel, und nimmt deren Gestalt an; sofern nicht ihre Wirkung als gegen die Entstehung des Rechtsverhältnisses selber gerichtet angesehen wird. Diese letztere Auffassung, welche sich indeß bei keiner derartigen Opposition zur unbestrittenen Feststellung erhoben hat[6]), wird bei der Vertheidigung durch die Berufung auf das Aufwenden des gebührenden Fleißes und dessen Nachweis dann ausgeschlossen, wenn man die Entstehung des klagbaren Rechtsverhältnisses nicht in den Zeitpunkt der Mora, sondern in den Zeitpunkt der Perfection des negotium setzt. Denn dann liegt die Mora, um die es sich handelt, außerhalb der Begründung des Verhältnisses selber. Sie ist auch selbst da nicht nothwendig,

3) Oben §. 6. not. 12.
4) Die hier zuweilen gegeben wird: Gaj. J. VI. 47.
5) Oben §. 5. not. 13.
6) Vgl. oben §. 10. not. 1. 2. 3.

wo, bei Gleichzeitigkeit des zur Gewerung dienenden Zustandes mit der Perfection des negotium, derselbe sich als ein Zustand des Urhebers desselben darstellt, wie bei Irrthum, Simulation, Betrug und Zwang. Und wo sie nicht nothwendig ist, da ist überall die Möglichkeit gegeben, ungeachtet der Opposition der exceptio die Substanz festzustellen, in Ansehung welcher den Kläger die Beweislast trifft, sofern sie zum Klagegrunde gehört; weil seine Opposition gegen die exceptio hier nie mit dem Klagegrunde in der Art zusammenfällt, daß das Moment, dessen Mangel sie rügt, als ein Erforderniß der Ergänzung der Substanz erscheint. Denn der Zustand, um den es sich handelt, ist unmittelbar nur dem Kreise der Voraussetzungen der Thätigkeit, welche das Geschäft bildet, angehörig. Anders ist dies aber, wenn jener Zustand von der objectiven Seite des Geschäftes sich nicht absondern läßt.

Ein solcher Zustand kann in der Natur des Geschäftes selber gegründet sein. Die Nothwendigkeit des praestare, nemlich der Aufwendung von Fleiß zur Verwirklichung eines Erwerbsmittels eines Andern, ist, obgleich sie zur Abwendung der Folgen einer Verhaftung dient, immer auch davon abhängig, daß der Berechtigte ebenfalls den von seiner Seite zu jener Verwirklichung erforderlichen Fleiß aufwendet; und sofern dies nicht geschehen, wird es gleichgiltig, inwiefern jenes Fleißaufwenden des Verpflichteten in der That in gehöriger Weise stattgefunden hat oder nicht. Denn dann kann der Verpflichtete auch durch Unfleiß nicht in Mora gerathen sein [7]). Sobald die Entstehung jener Verhaftung feststeht, und der Streit nur ihre Folgen betrifft, handelt es sich um gegenseitige Anwendung des jeder Parthei obliegenden Fleißes, und es ist eine Feststellung der zur Begründung dieses Fleißes erforderlichen oder relevanten Thatsachen erst dann möglich, wenn der ganze Umfang derselben, welcher von beiden Seiten zur Benutzung

7) Mora mora compensatur.

für die Begründung gelangen wird, abgeschlossen ist. Denn sofern sie die Befreiung von einer Verhaftung begründen sollen, können sie erst dadurch relevant werden, daß sie zur Beseitigung eines dem Zwecke des andern Theils entgegenstehenden Umstandes dienlich sein können und nach der Gestaltung des Geschäfts erforderlich geworden sind; und inwiefern dies der Fall, das hängt von der Beschaffenheit des gegenüberstehenden Fleißanwendens ab, die man erst kennen muß, ehe man die Erfordernisse des anderseitigen Fleißaufwendens beurtheilen kann. Beruft der Käufer gegen die Klage auf Zahlung des Preises sich auf Nichtlieferung der Waare, der Verkäufer dahingegen sich auf Nichtempfang der angebotenen Lieferung, so wird die Thätigkeit des Käufers für den Empfang erst relevant, wenn es außer Streit ist, daß der Verkäufer sich rechtzeitig zur gehörigen Lieferung in den Stand gesetzt hatte[8]), und es kann eine Beweisfeststellung in Ansehung der die Empfangsthätigkeit des Käufers begründenden Thatsachen nicht erfolgen, so lange noch der Verkäufer Thatsachen zur Begründung seiner gehörigen Lieferungsthätigkeit vorbringen kann, da von ihnen die Erfordernisse der Empfangsthätigkeit des Käufers abhängen[9]); und so lange der Käufer noch Thatsachen vorbringen kann, aus denen sich Umstände ergeben, vermöge welcher die zur Begründung der Lieferungsthätigkeit vom Verkäufer vorgebrachten Thatsachen als ungeeignet qualificirt werden, da deren Vergewisserung den Beweis der Empfangsthätigkeit noch überflüssig machen kann. In einer solchen Lage des Streites ist die Beweispflicht[10]) in Ansehung des Klagegrundes bereits ausgeschieden, da die Haftung des Beklagten feststehen

---

8) Denn ist dies nicht der Fall, so steht auch dem Käufer die exceptio mercis non traditae zu: L. 25. D. de act. emti 19. 1. L. 5. §. 4. D. de doli mali exc. 44. 4. L. 5. C. de evict. 8. 45.

9) Denn der Käufer muß zur Vermeidung der Mora die geeignete Empfangsthätigkeit vornehmen cum nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat: L. 3. §. 4. D. de act. emti.

10) Oben §. 8. not. 4. §. 10. not. 9.

muß, ehe es auf ein Aufwenden eines Fleißes von seiner Seite ankommen kann. Es bleibt dem Kläger aber eine Beweislast übrig, um die Gewerung des Zustandes der Verhaftung herzustellen[11]. Muß er also auch die seinseitige Leistung, sofern sie in einem bedingenden Verhältnisse zu der Obliegenheit des Beklagten zum Fleißaufwenden steht und er nicht etwa einen zufälligen Untergang an ihre Stelle setzen kann[12], oder statt deren einen Verzug oder Unfleiß des Beklagten in Ansehung der Annahme vergewissern; so kann es ihm doch nicht obliegen, diesen Verzug oder Unfleiß seines Gegners zu substantiiren und dessen Substanz zu vergewissern. Vielmehr muß, so lange nicht letzterer den seinseitigen Fleiß substantiirt und vergewissert hat, es genügen, wenn jener eine seinseitige Thätigkeit nachweiset, welche zur Erreichung ihres Zweckes eine Thätigkeit des andern Theils erfordert haben würde, z. B. das Bereitsein zur gehörigen entgegenzunehmenden Leistung; und es muß ihm überdieß frei stehen, statt dessen den positiven Nachweis des Unfleißes des andern Theils zu wählen, z. B. des Nichtbereitgewesenseins zur Empfangnahme der gehörigen Leistung, und dadurch die Nothwendigkeit des Beweises der seinseitigen Unthätigkeit, z. B. des Mangels des Bereitgewesenseins zur gehörigen Leistung, dem andern Theile aufzubürden. Sofern das Unterlassen einer Thätigkeit den Beweis derselben unmöglich und den Beweis ihres Unterlassens möglich macht, hat es demnach nicht allein den Verlust dieses Beweises zur Folge, sondern es macht auch den entsprechenden Fleiß des verpflichteten Gegners, der nach Befreiung von der Verhaftung strebt, gleichgiltig[13], und bereitet dem berechtigten Gegner, der die Verwirklichung der Haftung des andern Theils erstrebt, die Möglichkeit, die seinseitige Beweislast auf den Urheber des Unterlassens, wenn auch in umgekehrter Rich-

11) Oben §. 13.
12) Wie der Verkäufer.
13) Oben bei not. 7.

tung, zu wälzen. Sie kann ferner mittelbar den Berechtigten von einem Theile seiner Beweislast ganz befreien. Betrachtet man (hier gleichviel, ob mit Recht oder nicht) es als eine Obliegenheit des Käufers beim Empfange der Waare sofort die erkennbaren Mängel zu rügen, so kann der Verkäufer statt des Beweises der Fehlerlosigkeit der Waare den Beweis des Empfanges wählen, und den Käufer in die Lage versetzen, den Beweis der Rüge des Mangels zu führen; ehe ihm, dem Käufer, der Beweis der Fehlerlosigkeit nothwendig werden kann[11]). Betrachtet man es ferner sogar als eine Obliegenheit des Käufers, für die Erhaltung der Gewerung des Verkäufers, die er mittelst des Beweises der Fehlerlosigkeit der Waare herzustellen haben möchte, insofern thätig zu sein, als sie in seine Hand gelegt ist; so muß die Gewißheit der Vernachlässigung dieser Thätigkeit den Verkäufer von dem Beweise der Fehlerlosigkeit befreien. Ein Fall dieser Art ist der, wenn der Käufer die Fehlerlosigkeit der empfangenen Waare bestritten, aber sich nicht zum Vorlegen derselben im Stande erhalten hat, oder wenn er die Probehaltigkeit der nach Probe verkauften Waare bestreitet, aber zum Vorlegen der ihm übergebenen Probe außer Stande ist[15]), es sei denn, daß er er-

---

14) Von diesem Standpunkte aus begründet der Empfang nicht bloß eine Vermuthung für die richtige Erfüllung; vgl. Francke: über das qualificirte Geständniß S. 46; sondern er schließt auch den Beweis der Fehlerhaftigkeit als solchen aus. Vgl. auch Stryk: U. M. P. XIX. Tit. 1. §. 4 f. Büsch und Ebeling: Handelsbibliothek I. S. 265—271. 660—664. Auf eine im Empfange liegende Billigung stützen dies Entsch. Gr. des Dresdener OAG. von 1848. bei Seuffert: Arch. S. 221—224. Nimmt man an, daß in ihm die Erklärung der Lieferung des rechten Objekts liege (Entsch. Gr. d. Gött. J. F. v. Nov. 1843. in S. H. c. H.), so kommt man dahin, dem Käufer noch den Beweis der Fehlerlosigkeit zu gestatten.

15) Vgl. Heise u. Cropp: jurist. Abh. I. S. 213. S. 215. 216. Thöl: Handelsrecht §. 72. Der Beweis der Unprobemäßigkeit der nicht empfangenen Waare muß aber hier dem Käufer frei bleiben, da das Interesse bloß die Beweisführung betrifft.

wiese, daß er den gehörigen Fleiß aufgewendet habe um sich zu jenem Vorlegen im Stande zu erhalten. Diese Befreiungen vergüten dem Berechtigten die Verletzung seines Interesse[16]) durch einen prozessualischen Vortheil.

§. 16.

Ohne die Hülfe des Begriffes einer Gewerung und beziehungsweise einer Entwerung, welche beziehungsweise durch das Aufwenden des eignen Fleißes und den Beweis desselben, oder die Vergewisserung der Nothwendigkeit eines Fleißaufwendens von Seiten des Gegners vermittelt wird, und in Ansehung welcher beide Momente gegenseitig Aequipollentien werden, dürfte es schwerlich gelingen, einen Organismus dieser Entwicklung zu construiren. Durch die Beweisführung einer Substanz eine Beweislast auf den Gegner zu wälzen[1]), ist immer nur mittelst eines Beweises von Aequipollentien der Substanz oder Prämissen der Gewißheit derselben möglich[2]), wenn auch ein Aequipollens einer Beweisführung gleiche Wirkung haben kann[3]). Ausgleichung einer Verletzung des Interesse durch Befreiung von dem Beweise einer Substanz des bedingenden Rechts, würde durch den Mangel der Gewißheit des Interesse unmöglich gemacht werden. Ohne den Begriff der Substanzen auszuscheiden, würde die Construction eines Organismus, der zu solchen Möglichkeiten führt, den Gegenstand der Gewerung der Substanz substituiren müssen. Der letzte Ge-

16) Vgl. Thöl a. a. O.

1) Etwas anderes ist die Befugniß zur Beweisvernichtung durch den Beweis des Gegentheils, die die Beweiskraft der Beweismittel des Beweisführers angreift, und daher auch ohne Vollständigkeit der Vergewisserung des Gegentheils wirksam wird, was in Ansehung der Abwälzung einer Beweislast nicht der Fall ist. Daraus erklärt sich die Verschiedenheit der Aussprüche in L. 21. §. 3. D. de testib. 22. 5. u. L. 14. C. de contr. et comm. stip. 8. 38, welche sonst, wie bei Gesterding: Nachf. IV. 2. S. 135, zu irriger Meinung führt.

2) Oben §. 12.

3) Die Eidesdelation sofern sie zur Gewissensvertretung führt.

genstand derselben ist für den Kläger der Zustand der Verhaftung des Beklagten, und für den Beklagten die Freiheit von der Verhaftung. Da es aber einer eigentlichen Klagenstellung bedarf, so tritt das Rechtsverhältniß, und bei wesentlich zweiseitigen Geschäften die Leistung, als Gegenstand der Gewerung in die Mitte zwischen diese und die Verhaftung ein [4]). Und da bei den ihrem Wesen nach nur einseitigen Geschäften die Klage nur um der Leistung aus dem Rechtsverhältnisse willen gebraucht werden kann, so stellt auch bei ihnen die Leistung als der nächste Gegenstand der Gewerung sich dar [5]). Der Unterschied bleibt nur der, daß bei den wesentlich zweiseitigen Geschäften das Rechtsverhältniß nicht in seiner Gesammtheit als Gegenstand einseitiger Gewerung einer Parthei aufgefaßt werden kann, sondern nur dann, wenn man es in zwei Rechtsverhältnisse spaltet, z. B. in eine emtio, welche der Käufer, und in eine venditio, welche der Verkäufer sich gewert. — Die Leistung kann aber nicht ihre eigne Grundlage oder grundlegende Substanz sein. Es könnte also nur der Zustand der Verhaftung an die Stelle einer solchen Substanz treten. Dieser Zustand liegt aber in diesem Stadium, wo es sich um das Fleißaufwenden handelt, bereits außerhalb des Streites. Nach dem Wesen der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses sollte es zur Herstellung des aus jenem Zustande gefolgerten Rechtsverhältnisses keiner weitern Gewerung bedürfen [6]); es sollte die Vergewisserung desselben genügen und in Ansehung ihrer die Regel entscheiden: actore non pro–

---

4) Die Verhaftung eignet dem Berechtigten das Rechtsverhältniß an, welches durch die Verhaftung getragen wird (oben §. 14. not. 6.), das wesentlich zweiseitige Rechtsverhältniß kann aber nicht einem allein angeeignet sein, weil alle berechtigt sind.

5) Die mittelst der Aneignung des Rechtsverhältnisses bewirkte Aneignung der Leistung des Verpflichteten ist, wie jene, nur eine ideelle, und bedarf daher der Verwirklichung durch einen Zustand.

6) Oben not. 4. 5. §. 13. not. 6. §. 14. nach not. 10. §. 15. not. 10 11.

bante reus absolvitur. Daß es dennoch einer Gewerung bedarf, ist die Eigenthümlichkeit des bonae fidei negotium den stricten Vertragsverhältnissen gegenüber; die eben aus der Abhängigkeit der Wirksamkeit des bereits außer Streit gestellten Rechtsverhältnisses vom Dasein eines Gegenstandes abhängt. Bei dem Mangel der Befugniß zur Eigenmacht ist der richterliche Schutz der letzte Träger dieser Gewerung. Die Partheien tragen nur die Mittel der Verwirklichung der Gestaltung der die Gewerung begründenden Thätigkeit [7]). Die Regeln, unter denen der Gebrauch und die Wirkung dieser Mittel steht, sind conventional-prozessualischer Natur, indem sie ihre Gestaltung von der Gestaltung eines Vertrags empfangen. Sie sind diejenigen, welche die Materie der Culpa in Vertragsverhältnissen bilden. Der Streit darüber, inwiefern eine Culpa begangen sei, betrifft nicht die Frage über das Dasein des Rechtsverhältnisses, sondern nur die Frage über die Zulässigkeit der Execution wegen der durch die Verhaftung für dasselbe begründeten Ansprüche. [8]). Er bildet, gleich einem abgesonderten Beweisverfahren, einen besondern executionspräparatorischen Rechtsstreit; in dem immer derjenige Theil als der angegriffene und auf dem Standpunkte des Beklagten hinsichtlich der Beweislast stehende Theil erscheint, welcher sich als gewert darstellt [9]), so lange bis er wieder durch eine Gewerung des andern Theiles entwert worden ist [10]). Der Unterschied zwischen bloßem Läugnen und positivem Vertheidigen wird hier dadurch aufgehoben, daß jedes Läugnen einer relevanten Thätigkeit den Vorwurf eines Verschul-

7) Oben §. 15. not. 10. 11.

8) Oben §. 14. nach not. 2.

9) Wie im germanischen Verfahren: oben §. 8. not. 3. Von diesem Standpunkte aus kann man den Rechtsstreit als Vorbereitung für die Execution betrachten, die dann Verwirklichung eines Zustandes ist, auf welche der Klageangriff (oben §. 10. not. 5.) bereits gerichtet war, so daß es keiner besondern judicati actio weiter bedurfte.

10) Die germanischen Richtsteige stellen dies dar.

dens in sich schließt[11]). Der Unterschied zwischen dem Beweisen des Fleißaufwendens und dem Fleißaufwenden selber wird dadurch beseitigt, daß das eine wie das andere ein Abwenden der Folgen der Mora; jenes also kein Mittel der Vergewisserung des letztern, sondern dessen Aequipollens ist, wenn es auch thatsächlich durch dasselbe, nemlich das erstere, präpärirt, und so eine Verwirklichung des Zustandes des Fleißaufgewendethabens in seinen Folgen sein kann: eine Auffassung, die wieder zu dem Ergebnisse führt, daß das Fleißaufwenden ebenso wie das Beweisen desselben und das Läugnen des Fleißaufwendens des Gegners, ein Geweren ist.

§. 17.

Die juridische Verschiedenheit zwischen der außerprozessualischen und der prozessualischen Thätigkeit wird im Prozesse nur dadurch vermittelt, daß jene als eine abgeschlossene Erwerbsthätigkeit behandelt wird. Diese Behandlungsweise setzt einen Rechtsorganismus voraus, welcher ein Rechtsverhältniß vom Zustande unterscheidet, und den letztern nicht zum Gegenstande gestaltet. Denn faßt man den Zustand als Rechtsgegenstand auf, so werden seine Prämissen Substanzen seines Angeeignetseins. Unterscheidet man aber kein Rechtsverhältniß vom Zustande, so kann man auch keine Substanzen und Prämissen von einander unterscheiden, sondern es gibt nur gewerende Voraussetzungen, die die Stelle eines Schlusses auf das Dasein des Rechts, dessen Gestaltung sie entsprechen, vertreten, und daher den Prämissen von Präsumtionen aequipollent sind. Um in dem in Frage stehenden Zustande den Begriff der Substanz zu verwirklichen, würde es erforderlich sein, nicht allein aus dem Vertragsschlusse ein Angeeignetsein eines dare

11) Die prozessualische Opposition vermischt sich hier mit der Opposition des Substantiellen: oben §. 2. 3. 5. Daher gehört auch der Beweis von Umständen, aus denen sich ein Verschulden ergibt, in die Categorie des directen Gegenbeweises. Beispiele davon führt an: Mittermaier: Arch. f. c. P. VI. S. 352. 353. mit 355.

facere, sondern auch aus der Mora, gleich wie aus einem durch Culpa begründeten Rechtsverhältnisse, ein Angeeignetsein der Gegenstände der Ansprüche, welche für den entstehen, gegen den die Culpa begangen worden, entspringen zu lassen; so daß jede culpose Handlung eine besondere Klage begründete. Es würde dann z. B. dem Verkäufer wegen Unterlassung der Rüge des Mangels beim Empfange oder der Aufbewahrung der Waare oder der Probe von Seiten des Käufers, eine contraria actio auf Entschädigung neben seiner directa actio gestattet werden müssen. Es müßte dann jeder dieser einzelnen Klagegründe entweder durch eine Klage, oder durch eine Compensationseinrede, beziehungsweise durch Repliken der Compensation u. s. w., geltend gemacht, der Betrag jedes einzelnen Klageanspruches festgestellt; und es müßten dann die sich daraus ergebenden verschiedenen gegenseitigen Forderungsbeträge gegen einander aufgerechnet werden. Dann müßte es aber jedem Theile verstattet sein, in Ansehung einer und derselben Thätigkeit wegen seiner Culpa den andern Theil mit einer Klage anzugreifen. Da aber immer nur Einer eine Culpa begangen haben könnte, so würde in jeder Klage für die andere res judicata entstehen; eben so, wie bei der absoluten Bedingtheit die Gestattung einer besondern Klage auf Einhaltung der Bedingung diese Folge haben würde. Die Anerkennung einer Culpa des Beklagten würde immer eine Anerkennung des Mangels einer Culpa auf Seiten des Klägers sein.[1] Die Nichtanerkennung einer Culpa des Beklagten wäre dahingegen immer die Anerkennung einer Culpa auf Seiten des Klägers, sofern es fest stände, daß die Leistung in geeigneter Weise nicht mehr vorgenommen werden könnte. Konnte sie aber auch in der That noch in dieser Weise geschehen, so hatte der Kläger unzeitig geklagt. Denn dann war noch keine

1) Vgl. oben §. 15. not. 7.

mora und kein dare facere oportere begründet [2]). Im ältern römischen Prozesse, wo auch die dilatorische Exception peremtorisch wirkte, war in diesem Falle in der Freisprechung des Beklagten auch dann, wenn man seine Vertheidigung als eine dilatorische Exception behandelte, ein Aequipollens einer den Beklagten befreienden Culpa des Klägers gegeben; indem die Unzeitigkeit der Klagenstellung eine Verurtheilung des Beklagten, und die dennoch erfolgende Aburtheilung der Sache eine fernere Klage unmöglich machte. Allein es fragt sich, ob die Vertheidigung des Beklagten, welche auf jenen Umstand gestützt war, in der That den Charakter einer solchen dilatorischen Exception hatte. Denn der Kläger konnte die Verwirklichung der durch das Geschäft begründeten Haftung des Beklagten für die Leistung jederzeit unternehmen, ohne sich eine Verfrühung zu Schulden kommen zu lassen; sofern es in der Gestalt einer Herstellung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses geschah. Indem nemlich durch die Verhaftung das Rechtsverhältniß ideell verwirklicht war, so konnte die Herstellung dieser Wirksamkeit an sich und zum Nachtheile des Beklagten nicht verfrüht sein, wenn sie zu einer Zeit unternommen wurde, wo dieser noch nicht in Mora, also noch im Besitze aller Mittel zur Abwendung der Folgen der Mora war [3]). Sie konnte aber zur Unzeit unternommen sein, nemlich gegen das Interesse des Klägers, wenn sie zu einer solchen Zeit geschah, in welcher der Kläger der Gewerung, deren hier das Rechtsverhältniß bedurfte, entbehrte, weil es an der zu derselben erforderlichen Culpa des Beklagten fehlte. Der Beklagte brauchte nur der formula in jus concepta gegenüber das dare fa-

2) Oben §. 14. not. 6ff. Hier, wo der Anspruch sich auf eine Mora des Beklagten gründet, bedarf es denn auch der Behauptung derselben in der Klage: m. Erörter. z. Linde S. 413. not. 42.

3) Wenn es sich um ein Restituiren handelte, welches jederzeit gefordert werden konnte, so vermochte die Einleitung des judicium noch immer die Mora zu begründen. Daraus erklärt sich L. 1. §. 22. D. depositi. 16. 3.

cere oportere, der formula in factum concepta gegenüber nur den dolus zu läugnen[4]. Dieses Läugnen des Beklagten fiel aber in das Gebiet der defensio. Es konnte weder das dare facere oportere der intentio, noch eine Culpa des Beklagten begründet erscheinen, wenn der Kläger noch keine andere Obliegenheit des Beklagten, als die zum praestare, herzustellen vermogte. Diese war aber in judicium deducirt, auch wenn die Zeit der Leistung nicht gekommen war, sofern nicht eine Präscription jene Wirkung abwendete[5].

§. 18.

Anders wäre dies gewesen, wenn die intentio der Formel auf ein praestare oportere gestellt gewesen wäre[1]. Es hätte dann einer positiven Opposition des Beklagten bedurft, welche gezeigt hätte, daß das praestare oportere noch nicht eingetreten sei. Es wäre dies aber immer keine Einrede der Verfrühung der Klagenstellung wegen Betagtheit des gewissen Anspruchs[2], sondern eine Einrede der Ungewißheit des praestare oportere gewesen; eine Einrede, deren Relevanz indeß, wenn das praestare an sich selber überall eine rechtliche Nothwendigkeit zur Vornahme einer Thätigkeit sein könnte, mit seiner Bedeutung im Widerspruche stehen würde. Denn es müßte in dem Augenblicke, wo seine Nothwendigkeit gewiß geworden wäre, auch unausführbar geworden sein, weil, so lange ein Zweck noch erreichbar ist, die Nothwendigkeit noch fehlt, für seine Erreichung thätig zu sein. Und ist eine solche Thätigkeit schlechthin versprochen, so daß schon vor dem Eintreten der Unmöglichkeit eine Mora begründet

---

4) Vgl. die Formeln bei Gaj: J. IV. 47.

5) Gaj: J. IV. 131.

1) Das intendere auf ein praestare oportere bei Gaj. J. IV. 2. kann nur die Beschaffenheit des Obligationsstoffes bezeichnen sollen. Vgl. L. 3. pr. D. de O et A. 44. 7; mit L. 57. pr. D. de oper. libert. 38. 1.

2) Des repetere ante tempus: Paul. R. S. I. 10.

sein kann[3]), so ist sie ein einseitiges facere[4]). Eine Klage, die auf die Nothwendigkeit eines noch vorzunehmenden praestare gegründet ist, beruhet also auf einem Grunde, der an sich, und außerhalb der Bestrittenheit seines Daseins, schon ungewiß ist, und einer Vergewisserung durch den Richter bedürfen würde, wenn auch die Verbindlichkeit zur Vornahme eines praestare an sich unbestritten wäre. Die Klage stände gleich, einer Klage aus einem suspensiv bedingten Vertrage, welche zwar das Hinzugefügtsein der Bedingung anführte, aber nicht deren Eingetretensein behauptete. Der Richter müßte bei beiden Klagen einen Umstand, der nach ihrer Fassung noch der Zukunft angehört, für die Gegenwart mit Folgen bekleiden. Würde man eine Verbindlichkeit zur Vornahme eines praestare als den Grund einer Klage betrachten, so würde der Richter erst diese Vornahme zu einer Nothwendigkeit erheben müssen, um die Wirkung dieses Grundes zur Vollstreckbarkeit zu erheben. Der Prozeß müßte hier also immer ein Moment herstellen, welches vielmehr der außerprozessualischen Thätigkeit angehörte, sobald die prozessualische Thätigkeit auf die Vergewisserung des Streitigen beschränkt, und die Erkenntniß einer Verschiedenheit zwischen außerprozessualischem Sein und prozessualischem Be-

---

3) L. 72. §. 2. D. de V. O. 45. 1. „Plane si: insulam fulciri, quis stipulatus sit, non est exspectandum ut insula ruat, sic deinde agi possit (denn es handelt sich hier nicht um ein bloßes Verhindern des Einstürzens); nec (si): insulam fieri, (quis stipulatus sit, exspectandum est) ut tantum temporis praetereat, quanto insula fabricari possit, sed ubi jam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur, diesque obligationi cedit (ex hac stipulatione: insulam fulciri spondes? ... nec tamen recte agetur, si nondum praeterierit temporis tantum, quo fulcire potuerit redemptor: L. 98. §. 1. D. eod.; denn vorher ist noch keine Mora vorhanden, wenn auch das Bedürfniß der Ausbesserung des Hauses erkennbar ist). —

4) So das: insulam facere und fulciri als Gegenstand eines Stipulationsversprechens; oben not. 3.

wiesensein verwirklicht sein sollte. Wo also eine Verbindlichkeit ungeachtet des Mangels einer rechtlichen Nothwendigkeit zu einer ihr entsprechenden Thätigkeit, dem Berechtigten Anspruch auf richterlichen Schutz gibt, muß auch jene Verschiedenheit unverwirklicht bleiben. Einer solchen Verbindlichkeit gegenüber kann dem Berechtigten nicht mehr erworben sein, als eine durch jenen Schutz gewerte Befugniß, nemlich eine bloße Ermächtigung zu Handlungen von rechtlicher Wirksamkeit, die erst durch jene Gewerung zur Berechtigung wird. Ist es dem Berechtigten verstattet, diese Befugniß in der Form des Rechts, nemlich des Angeeignetseins eines Gegenstandes, zum Gegenstande einer gerichtlichen Vergewisserung zu machen, so muß es auch dem Beklagten verstattet sein, noch da das substituirte Recht zu läugnen, wo er die Befugniß zugesteht. Daß das Einschieben des Rechts an die Stelle der Befugniß, welche der Kläger einseitig vorgenommen hat, den Beklagten nöthigt, das Läugnen des einen und das Zugestehen des andern durch ein Motiv zu erklären, welches er in der Form einer Behauptung aufstellt, z. B. daß noch keine Mora vorhanden, daß eine Bedingung hinzugefügt sei, die noch nicht existire, daß der Besitz des Klägers fehlerhaft sei, kann die Sache nicht ändern und seine Behauptung nicht zu einer Einrede qualificiren. Es genügt, daß die Grundlage der Klage die Möglichkeit offen läßt, ihr Product als eine bloße Befugniß zu betrachten, um dem Beklagten die Befugniß gewähren zu müssen, dasselbe als eine bloße Befugniß aufzufassen, ohne daß er mit einem Beweise des Grundes, den er dafür aufstellt, belastet werden darf. Denn dieser Grund ist nicht die Substanz seiner Vertheidigung, sondern kann es nur werden; wenn es festgestellt ist, daß die Klage in der That auf dem Gebiete der Herstellung der Wirksamkeit eines Rechts steht, und nicht bloß ein Anrufen des Richters (imploratio officii judicis) um Verwirklichung einer Befugniß durch den Executionszwang,

ein Klageangriff, ist[5]). Befände sie sich auf dem letztern Gebiete, so würde dem Beklagten die Befugniß zur Abwehr zustehen, so lange der Kläger die seinseitige Befugniß noch nicht gewert hätte; zu welcher Gewerung auch die Vergewisserung der zu derselben erforderlichen Thatsachen gehören würde. Und sofern dem Kläger eine solche Gewerung nicht mehr verstattet wäre, würde zu dieser Abwehr nie eine Beweisführung im heutigen Sinne gefordert werden können, sondern es müßte ein bloßes Bestreiten des Beklagten genügen, nachdem die Mittel der Abwehr des germanischen Verfahrens, Eid, Kampf und sonstiges Gottesurtheil, außer Anwendung gesetzt sind. Der Beklagte bestreitet hier nur die Statthaftigkeit des Betretens desjenigen prozessualischen Gebietes, welches der Kläger erwählt hat; und wenn diese Statthaftigkeit dem Richter durch das Verfahren nicht erkennbar ist, so kann nur der Kläger mit ihrer Vergewisserung belastet werden.

---

5) Oben §. 10. not. 8. §. 16. not. 8. Diesen Charakter mußten auch die Klagen haben, wo die lis in duplum crescirte, indem sie der judicati actio parallel standen (Arch. f. c. P. XXXIV. Nr. XVI. §. 12. S. 26 ff.). Daraus erklärte es sich, daß die actio legis Aquiliae schon gebraucht werden konnte, wenn es noch ungewiß war, ob die That einen Vermögensnachtheil nach sich ziehen werde, und eine Gefahr des Unterganges der Beweismittel vorhanden war: L. 40. D. ad leg. Aquil 9. 2. Auch beim bonae fidei judicium zeigt sich dieser Charakter darin, daß auf Caution wegen künftiger Leistungen geklagt werden kann: L. 41. D. de judic. 5. 1. L. 27. L. 38. pr. D. pro soccio 17. 2. Daß die Entstehung des Klagerechts in der ältern Zeit in einen frühern Zeitpunkt gesetzt wurde, als in der spätern, das zeigt sich darin, daß die dilatorischen Exceptionen peremtorisch wirkten und in dem Bedürfnisse der praescriptiones pro actore (vgl. oben §. 17. not. 5. u. Gaj. ib. cit.), und in dem Sachverlust wegen plurispetitio tempore (Paul. R. S. I. 10.). Konnte ein Klagerecht wegen verfrüheter Klagenstellung verloren gehen, so mußte es auch bestehen können, ehe es gebraucht werden konnte. Wenn demnach in L. 21. §. 1. D. de const. pec. 13. 5. mit §. 2. J. de V. O. 3. 16. L. 18. D. de fidejuss. et mand. 46. 1. L. 49. §. 1. D. de solut. 46. 3, von einem Entstehen der actio mit dem Geschäftsabschluß geredet wird, so kann darunter keinesweges eine actio nata oder quae jure competere coepit im Sinne der L. 3. C. de praesc. 30. annor. 7. 39. verstanden werden.

§. 19.

Gesteht demnach z. B. der beklagte Verkäufer den Abschluß des Kaufcontracts über den geforderten Gegenstand zu, behauptet er aber, daß ein Zufall ihm die Lieferung unmöglich gemacht habe; so läugnet er das Klagerecht des Klägers, auch wenn dessen Klage auf die Obliegenheit zur Vornahme eines praestare gegründet ist. Dies ist immer der Fall, wenn der Kläger nicht einen Umstand angeführt hat, vermöge dessen das praestare, als Vornahme einer Thätigkeit betrachtet, in seiner contractlichen Geeignetheit nicht mehr ausführbar, oder der Beklagte in Mora ist. Betrachtet man hier die Klage nicht als unbegründet, und legt man demnach dem Kläger den Beweis auf, so ist es unmöglich zu bestimmen, welchen Umstand er zu vergewissern habe, um es festzustellen, daß sein Klagegrund nicht bloße Befugniß, sondern ein Recht sei. Selbst wenn der Beklagte den Hergang der Sache substantiirt hätte, würde das sich nicht anders verhalten. Denn man hätte dadurch nur solche Thatsachen kennen gelernt, gegen deren Beweis, sofern es auf ihn ankäme, dem Kläger eine Beweisvernichtung, oder ein s. g. directer Gegenbeweis, zustände. Es wird dies ferner auch nicht geändert, wenn der Kläger in einer Replik jene Umstände nachbringt. Denn sie können keinen Stoff eines Replikenbeweises abgeben, weil keine Einrede vorliegt; und sie können zur Substanz des Klagebeweises nicht gezogen werden, wenn man nicht eine mutatio libelli gestattet. Abgesehen nun von der Frage: ob man hier nicht etwa eine mutatio libelli gestatten, oder die Sache ungeachtet des Daseins einer Litiscontestation so ansehen dürfe, als ob der Kläger, in Folge einer prozessualischen Einrede des Beklagten, eine ganz andere Klage angestellt hätte? würde man hier nur den Beweis des Klagerechts aus dem Kaufe dem Kläger auferlegen können. Man würde also auf die Sächsische Beweisauflage verwiesen sein. Nur da kann dies vermieden werden, wo entweder aus der Klage ersichtlich ist, daß die Verwandlung der Befugniß des

Klägers in ein Recht noch mehr erfordere, als er in der Klage behauptet hat, oder wo eine Präsumtion dafür streitet, daß ein Umstand von dem ein weiteres Erforderniß dieses Rechts abhängt, nicht existire. Im ersten Falle würde die Klage zu verwerfen, im zweiten Falle dem Beklagten nur nachzulassen sein, den Zustand der Präsumtion durch die Vergewisserung der Existenz jenes Umstandes zu beseitigen. Der erste Fall kann aber im gegebenen Beispiele nicht eintreten, wenn man die Nothwendigkeit zur Vornahme eines praestare zur Begründung des Klagerechts für ausreichend ansieht. Fordert man aber bei der Klage aus einem bonae fidei negotium zu deren Begründung ein dare facere oportere, so ist dieser Fall dann gegeben, wenn diese Nothwendigkeit nach dem Inhalte der Klage noch eine weitere Thätigkeit des Klägers voraussetzt, als in ihr enthalten ist, z. B. die seinseitige Leistung oder deren Anerbieten. Wo indeß eine solche Thätigkeit nicht erforderlich [1]) ist, da behandelt man die Klage gewöhnlich so, als ob die Nothwendigkeit eines vorzunehmenden praestare zu deren Begründung genüge [2]). Man ist aber dabei über den Character des praestare keinesweges im Klaren [3]). Daher erklärt es sich denn auch, daß diejenigen, welche zur Anstellung einer Klage die Behauptung einer Mora des Beklagten oder eine an ihn ergangene Mahnung erfordern [4]), dies nicht auf den Fall beschränken, wo das Recht des Klägers eine Mora des Beklagten voraussetzt.

---

1) Eine exceptio non adimpleti contractus also nicht möglich.

2) Denn man gestattet ohne Unterschied wegen jeder obligationsmäßigen Leistung zu klagen.

3) Die Bedeutung des praestare ist bekanntlich bestritten, und man scheint überdieß auch nicht daran zu denken, daß es eine obligationsmäßige Leistung geben könne, auf welche nicht eine Verurtheilung zu richten möglich sei. Wo man die Frage aufwirft, inwiefern Verurtheilung und Execution auf eine Leistung gerichtet werden können, da hat man gewöhnlich nur ein facere im Auge. Vgl. Sintenis: Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. Nr. II. S. 20 ff.

4) Citat. in m. Erörter. z. Linde S. 413 not. 46.

§. 20.

Der **zweite** der gedachten Fälle, die Zulassung des Beklagten zur Beseitigung der Präsumtion, tritt ein, wenn der Umstand, welcher ein besonderes bei der Begründung der Klage nicht genanntes Erforderniß erheischt, als eine Ausnahme von dem normalen Zustande betrachtet wird, der durch das bloße Dasein einer rechtlichen Thätigkeit seine Verwirklichung zu finden vermag, z. B. wenn er ein ausnahmsweiser Status der Person, z. B. die Unmündigkeit oder eine sonstige Handlungsunfähigkeit ist [1]). Die dem Beklagten in diesem Falle zuzuweisende Beweisführung des Daseins dieses Zustandes [2]) ist aber wiederum keinesweges die Vergewisserung der Substanz einer Vertheidigung desselben, sondern die **Vernichtung** des prozessualischen **Zustandes** der Präsumtion [3]), und ihrer Natur nach eine Gewerung des Zustandes der **Ungewißheit** der Voraussetzungen des fraglichen Zustandes gegen die Befugniß des Klägers sich mittelst der Präsumtion von der Vergewisserung derselben zu befreien. Sie müßte also dem Kläger noch diese Vergewisserung offen lassen, wenn nicht diese Vergewisserung als bereits gegeben angenommen würde; eine Annahme, ohne welche der Gebrauch der Präsumtion noch überall nicht statthaft erscheinen, und jene Vernichtung dem Beklagten nicht Bedürfniß sein könnte. Ist aber diese Vergewisserung ausgeschlossen, so ist der Zustand der Ungewißheit dem Beweise des Gegentheils vollkommen aequipollent. Und da im heutigen Prozesse dieser Beweis das Mittel zu jener Gewerung ist, so ist mit ihr dieser Beweis auch in der That gegeben, und der Kläger kann die Vergewisserung des ihm bestrittenen Zustandes nur dadurch zum Gegenstande einer seinseitigen Beweisführung machen, daß er den Gebrauch der Präsumtion, oder des Mittels, welches sie mit sich führt, auf-

1) Arch. f. civ. P. XXII. S. 147. 148.

2) L. 5. §. 1. D. de probatt. 22. 3.

3) Die Präsumtion weicht der Evidenz.

gibt. Die Befugniß zu diesem Aufgeben an sich steht ihm der Natur der Sache nach immer zu, wenn auch die Befugniß, die seinseitige Beweisführung an deren Stelle zu setzen, durch die Prozeßlage ausgeschlossen sein kann. — Ein Fall dieser Art der Gewerung eines Beklagten ist die Gewissensvertretung gegen eine Eidesdelation, wodurch der Delat die Gewerung gegen die aus der durch ihre Vornahme vergewisserten Eidesdelation entspringende Präsumtion für die Gewißheit des Gegenstandes der Delation herstellt, die er sonst durch Relation oder durch Annahme und Schwur herstellen müßte[4]). Fehlt die Gewißheit der Prämisse, so kann dem Beklagten die Vernichtung der Präsumtion erst obliegen, wenn sie hergestellt worden. Daß, wenn der Beklagte das Hinzugefügtsein einer vom Kläger verschwiegenen Suspensivbedingung oder die Fehlerhaftigkeit seines Besitzes vorschützt, der Beklagte die seinseitige Behauptung dieser Umstände erst zu vergewissern braucht, wenn der Kläger den Geschäftsabschluß in der regelmäßigen Weise, oder die Voraussetzungen eines Besitzes zur Gewißheit gebracht hat, ist bereits nachgewiesen worden[5]). Da er die Befugniß des Klägers zugestehen, aber zugleich dessen Recht läugnen kann[6]); so kann auch ein seinseitiges Zugeständniß des Geschäftsabschlusses oder jener Besitzhandlungen ihn nicht in die Nothwendigkeit der Vergewisserung jener seinseitigen Behauptungen versetzen. Es muß aber dieses Zugeständniß dem Kläger von einer Beweisführung über die zugestandenen Umstände ausschließen, sofern dieselbe sie in ihrer Eigenschaft als prozessualischer Substanzen vergewissern soll. Denn in dieser Eigenschaft sind sie durch das Zugeständniß gewiß. Es kann ihm nur noch verstattet werden, den Zustand der Präsumtion zu geweren, und nur wenn er sich dazu der Vergewisserung die-

4) Arch. f. c. P. XXIX. S. 24 ff.

5) Oben §. 8. not. 5.

6) Oben §. 18 nach not. 4.

ser Umstände bedienen will, kann und muß ihm dieselbe noch als Beweis einer Prämisse verstattet werden, weil jene Gewerung durch das Zugeständniß nicht hergestellt sein kann, wenn es mit jenem Läugnen des Rechts verbunden ist [7]). Dasselbe würde aber auch auf gleichem Wege seine Begründung finden, wenn derjenige, welcher aus einem bonae fidei negotium beklagt wurde, den Abschluß des Geschäftes zugestand, aber während der Kläger ihn keiner Mora beschuldigt hatte, behauptete durch einen Zufall an der Leistung verhindert zu sein. Denn gegen den Zufall streitet die Präsumtion, welche durch die Vergewisserung des Geschäftsabschlusses gewert wird; eine Vergewisserung die aber, nachdem sie durch Geständniß hergestellt worden, nur noch als Prämissen-Beweis und Gewerung der Präsumtion statthaft sein könnte. Auf die Prämissen einer Präsumtion kann man aber das Erforderniß eines Substantiirens vor der Beweisantretung und einer speciellen Beweisauflage nicht erstrecken. Die Benutzung von Prämissen ist ferner nichts anders, als die Verwirklichung eines durch aussserprozessualische Umstände begründeten gewerenden Zustandes [8]). Darin steht ihr die Benutzung von Notorität, des den Augenschein ermöglichenden Zustandes, von Zeugen und Urkunden, gleich, und es kann dem Kläger nicht versagt sein, sich auch dieser zur Gewerung der Präsumtion zu bedienen. Und da die Prämissen dieser Gewerung nicht zur Substantiirung

7) Als Substanz sind diese Behauptungen dann zwar zugestanden, aber nicht als Prämisse für die Unbedingtheit des Geschäfts und die Fehlerlosigkeit des Besitzes. Denn diese Momente hat der Beklagte ja geläugnet, und wollte man ihre Prämissen als zugestanden annehmen, so würde man seinem Zugeständnisse einen Sinn beilegen, den er nicht beabsichtigte: Arch. f. c. P. XXII. S. 228 ff. Hieraus folgt die s. g. Untheilbarkeit des qualificirten Geständnisses, sofern man ihr die in der Natur jener Stellung begründete Gränze anweiset (ebendas.). Die Begründung derselben durch die Befugniß des Beklagten zum Vorschützen alles desjenigen, was zu seiner Vertheidigung dient (Zum Bach: das Geständniß u. s. w. — Köln 1845 — S. 88), reicht indeß nicht aus.

8) Eines Besitzes oder Quasi-Besitzes des Rechtsstoffes.

der Klage gehören, so kann er sich als solcher auch derjenigen Umstände bedienen, mit denen er in Beziehung auf die Substantiirung der Klage ausgeschlossen war. Er kann also jetzt noch bei der Klagenstellung verschwiegene Umstände erweisen, welche eine Culpa und Mora des Beklagten begründen, und das Dasein eines hindernden Zufalls ausschließen. Die Verhandlung über die Substanz der Klage ist abgeschlossen, und an ihre Stelle eine executionspräparatorische[9]) Gewerung des das Dasein eines Gegenstandes des der Klage zum Grunde gelegten Rechts bedingenden Zustandes[10]) getreten, wodurch das Nachbringen jener Umstände die Eigenschaft einer mutatio libelli[11]) verliert. Dem Beklagten steht aber dagegen die seinseitige Gewerung durch den Nachweis des seinseitigen geeigneten Fleißes zu, deren Stoff er erst wählen kann, wenn er den Stoff kennen gelernt hat, welchen der Gegner benutzt; und gegen ihn steht dem letztern wieder dieselbe Befugniß zu, so daß der Gebrauch dieser Befugniß von Seiten der einen Parthei immer wieder eine Befugniß gleicher Art von Seiten der andern erzeugt, und dieser Gebrauch erst beendigt wird, wenn eine Parthei mit demselben ausgeschlossen ist. Erst wenn dieser Ausschluß eingetreten ist, wird eine specielle Beweisauflage möglich[12]).

§. 21.

Die Erhaltung und Erlangung eines Besitzes als solche muß den Charakter der Gewerung oder der Verwirklichung

9) Durch den in der Klagenstellung gegebenen Klageangriff vermittelte: oben §. 16 not. 7. 8; §. 18 not. 3.

10) Oben §. 12 not. 10; §. 13 not. 6; §. 14 not. 10.

11) Oben §. 19.

12) Die dann aber der Beweisantretung, die in diesem executionspräparatorischen Verfahren (oben not. 7) insofern liegt, als man das Darbringen der Beweismittel von ihr absondert, oder einem Theile der Beweisantretung, erst nachfolgt, und sich zu einem s. g. Productions- oder Relevanzbescheide gestaltet.

eines Zustandes, vermöge der Natur des Besitzes und unabhängig von zufälliger Gestaltung des Verfahrens auch im Prozesse bewahren. Der Besitz ist nur insofern Rechtsverhältniß, als er rechtliche Wirkungen erzeugt [1], aber nicht eigentliches jus, oder Verhältniß des Angeeignetseins eines Gegenstandes, sondern Factum [2], aber juridisches Factum [3], dessen Product, wenn es nicht in ein eigentliches jus oder Rechtsverhältniß übergeht, ein Zustand ist [4]. Erhaltung oder Erlangung eines Besitzes ist Gewerung auch dann, wenn der Grund die Herstellung der Wirksamkeit eines Rechts ist, und die Erlangung des Besitzes nicht durch einen Besitz begründet wird. Der letztere Fall, welcher sich bei den interdicta adipiscendae possessionis findet, zeichnet sich dadurch aus, daß der zu gewerende Gegenstand nicht, wie beim interdictum retinendae und recuperandae possessionis, die Herrschaft über einen Körper, oder die Ausübung eines Rechts an dessen Gegenstand, sondern der Zustand des Befugtseins zur Ausübung eines Rechts ist [5], und der Stoff, welcher zur Begründung der Gewe-

1) Es begleite ihn ein Rechtsverhältniß, sagt Hasse d. j. im Rhein. Mus. VI. S. 188 ff. S. Arch. f. c. P. XXIV. S. 200.

2) Facti non juris est: L. 1. §. 3. D. de A. v. A. P. 41. 2.

3) Plurimum ex jure mutuatur: L. 49. pr. D. eod. Non tantum corporis sed et juris est: L. 49. §. 1. D. eod.

4) So bei der in factum concepta actio, wie beim interdictum: oben §. 5. not. 6. 10. §. 14. not. 1 ff. Daß man juridisches Factum und den daraus hervorgehenden Zustand beziehungsweise das dadurch erzeugte Rechtsverhältniß nicht unterschieden, die letzteren beiden wiederum mit einander idenficirt, und ebenfalls juridisches Factum und natürliches Factum mit einander confundirt hat, ist die Ursache der Verdunkelung der wesentlichsten Rudimente des Rechts geworden; eine Verdunkelung, die in der Allgemeinheit der subjectiven Unfähigkeit zur Auffassung jener Unterschiede eine Gewerung für sich hat, die sie vielleicht noch lange behalten wird. Ueber die Einwendungen gegen diese Unterscheidungen bei Sintenis: Erläuter. z. Linde II. S. 214. not. 1; m. Erörter. z. Linde S. 400. not. 6.

5) Welcher durch Inmission bewirkt wird, die, jenachdem sie die Bedeutung einer Inmission in einen Rechtsstoff oder in einen Rechtsgegenstand (oben §. 8. not. 2.) hat, nur detentio oder possessio gibt.

rung dient, der Zustand des Daseins eines Rechts ist [6]. Die Thatsachen, welche den Erwerb dieses Rechts begründet haben, müssen zwar auch zur Begründung dieser Gewerung benutzt werden. Allein sie haben in dieser Benutzung, eben so wenig als beim interdictum retinendae und recuperandae possessionis die facta possessionis, die Eigenschaft von Grundlagen der Aneignung eines Gegenstandes, deren Wirksamkeit durch das Interdict hergestellt werden sollte, sondern die Wirkungen derselben, um welche es sich hier handelt, bestehen nur durch den richterlichen Schutz und erhalten daher erst im Prozesse ihre Verwirklichung [7]. Sie sind nur Befugnisse, nicht Rechte [8]. Der Unterschied zwischen Sein und Bewiesensein kann also auch hier keine Verwirklichung finden, und jene Thatsachen sind daher nur Mittel der Herstellung eines prozessualischen Zustandes, wodurch sie in die Categorie der Prämissen treten. Zwar ist dieser Zustand kein Zustand des dermaligen Streitstoffes, sondern ein prozessualischer Zustand des Rechtsstoffes [9]. Allein beide Zustände sind an sich nicht verschieden, sondern liegen nur in einem verschiedenen Gebiete. Ein Zustand des Streitstoffes ergreift die begründende Substanz eines verwirklichten Rechtsverhältnisses und gestaltet sich dadurch zu einem Zustande des Rechtsstreits, der sich von

---

6) Denn das Recht oder das Rechtsverhältniß selber, z. B. das Pfandrecht beim interdictum Salvianum, das Erbrecht beim s. g. remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadr. toll., können deshalb nicht zur Begründung dienen, weil es keiner Entscheidung über sie bedarf, um diese Gewerung herzustellen.

7) Das tritt am entschiedensten bei den Inmissionen und beziehungsweise den interd. adipiscendae possessionis hervor; es zeigt sich aber auch in der Einleitungsart des Interdictsverfahrens mittelst eines besondern Gebotes oder Verbotes.

8) Oben §. 18.

9) Er ist eine weitere Entwickelung des gewerenden Besitzes oder Quasi-Besitzes, welcher durch die Existenz von Prämissen begründet ist (oben §. 20. not. 6.), welche zur definitiven Verwirklichung des Rechtsstoffes gediehen ist.

dem Zustande des Rechtsverhältnisses absondert. Mit diesem letztern muß dahingegen ein Zustand des Rechtsstoffes sich verbinden und von dem Gebiete des Rechtsstreites sich absondern[10]. — Das zu seiner Verwirklichung dienende Verfahren liegt außerhalb des eigentlichen Rechtsstreites, und ist vielmehr executionspräparatorischer Natur gleich der Verhandlung über den Zustand der Mora[11]. Dasselbe gilt von jedem Besitzstreite. Denn der Umstand, daß der Einfluß auf die Ausübung oder Geltendmachung eines Rechts, oder einen Rechtsstreit, dem Gebrauche eines interdictum retinendae und recuperandae possessionis nur zufällig beiwohnt, ändern den prozessualischen Character des Verfahrens nicht. Behandelt man aber dieses executionspräparatorische Verfahren als einen eigentlichen, zur Herstellung der Wirksamkeit eines verwirklichten Rechts dienenden Rechtsstreit, und verlangt man demnach, daß die Gesammtheit der zur Begründung der Gewerung dienenden Thatsachen, sofern sie zur Benutzung zugelassen werden sollen, vor der Beweisauflage dargebracht sei, um diese speciell fassen zu können, so zieht man die Beweis antretung theilweise in das erste Verfahren hinein[12]; und die Beweisauflage wird, sofern sie nicht in Fehler verfällt, auf ein Aufstellen von Conclusionen zurückgeführt, welches aus den Gegenreden der Partheien dasjenige herauszieht, was relevant und nicht durch ausdrückliche Zugeständnisse oder durch Veränderungen des Stoffes der Gewerungen, die sich im Laufe der Verhandlungen entwickelt haben, beseitigt, also ungewiß und relevant geblieben ist. Dasselbe tritt ein, wenn nach der Opposition einer Bedingtheit von Seiten des Beklagten, nicht sofort dem Kläger der Beweis auferlegt, sondern weiter ver-

---

10) In Beziehung auf die Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses würde der durch Prämissen begründete Zustand dem Zustande des Rechtsstreites, der durch den Besitzprozeß zu verwirklichende aber dem Zustande des Rechtsverhältnisses angehören.

11) Oben §. 20. not. 11.

12) Ebendas. not. 12.

handelt wird, um den Stoff einer zu ertheilenden speciellen Beweisauflage herzustellen. Und wenn hier die aufgestellte Substanz der Klage geläugnet ist, die weitere Benutzung derselben sie also eben so gut als Substanz des Klagerechts, wie als Stoff für Prämissen eines herzustellenden prozessualischen Zustandes darstellen kann, so entsteht, wenn nicht die zweite Auffassung derselben entschieden ist, eine Vermischung des ersten Verfahrens mit der Beweisantretung; und wenn in Sächsischer Weise dennoch am Schlusse des ersten Verfahrens eine generelle Beweisauflage erfolgt, so wiederholt sich das erste Verfahren in der Beweisantretung. Die Beweisartikel des Sächsischen Prozesses zeigen dies, indem sie den ganzen noch relevant gebliebenen Stoff, selbst den zur Gewißheit gebrachten, in sich aufnehmen. Vermeidet man aber diese Wiederholung durch eine specielle Beweisauflage, so ist damit die Benutzung weiterer Prämissen bei der Beweisantretung nicht ausgeschlossen, und man reißt die Beweisantretung auseinander[13]), ohne daß es eine bestimmte Gränze dafür gibt, welcher Theil derselben der Beweisauflage vorhergehen muß, und welcher ihr nachfolgen darf. Es wird dann der Beweis einer Prämisse als Beweis der Substanz eines Rechts auferlegt, und dadurch die Beweisauflage eine unvollständige, und eben daher eine unrichtige, oder sie wird überladen und vielleicht auch der Einredenbeweis, beziehungsweise der Replikenbeweis u. s. w. auf das directe Gegentheil des Gegenstandes des Klagebeweises gerichtet. Wird z. B. bei dem interdictum retinendae possessionis dem Kläger nur der Beweis einer Besitzhandlung auferlegt, so ist die Beweisauflage unvollständig, weil sie noch keinen Besitz begründet, wenn sie fehlerhaft war. Wird ihm außerdem noch der Beweis auferlegt, daß der vom Beklagten gerügte Mangel nicht existire, so ist sie überladen. Wird ferner dem Beklagten der Beweis der Thatsachen auferlegt, die er angeführt hat, um

13) Oben §. 20. not. 12.

zu zeigen, daß der Kläger heimlich, wider den erklärten Willen des Beklagten, oder in Folge einer bittweisen Gestattung desselben, gehandelt haben müsse, so ist das directe Gegentheil des Klagebeweises in den Einredenbeweis hineingetragen.

§. 22.

Wird demnach gegen den Anspruch aus einem praestare die unverschuldet eingetretene Ungeeignetheit desselben für die Erreichung seines Zweckes, gegen den Anspruch aus einem Besitze dessen Fehlerhaftigkeit, gegen den Anspruch aus einem Vertrage dessen suspensive Bedingtheit opponirt; so wird der Prozeß ein Mittel der Verwirklichung eines Zustandes, es treten die thatsächlichen Substanzen in das Gebiet der Prämissen hinüber, und es genügt eine generelle Beweisauflage nicht allein, sondern es kann auch keine andere Beweisauflage in geeigneter Weise erfolgen, wenn sie nicht von der ausdrücklichen Erklärung begleitet ist, inwiefern sie auf Substanzen und inwiefern sie auf Prämissen gerichtet sei. Dasselbe tritt aber auch überall ein, wo ein Streit über die Eigenschaften eines juridischen Factum, d. h. einer Thatsache, welche durch einen rechtlichen Begriff als selbstständiger Grund einer rechtlichen Wirkung qualificirt ist[1]), gestritten wird. Diese Eigenschaft an sich ist nur Mittel[2]) für eine Aneignung von Objecten an Subjecte durch natürliche Thatsachen von aneignender Richtung. Sie ist die qualitative Seite des juridischen Factums, während Object, Subject und natürliche Thatsachen dessen quantitative Seite bilden[3]). Die quantitative Seite ist rationaler Natur, die qualitative bloße

1) M. Identität ɔc. S. 115ff; Erörter. z. Linde S. 399. 400. not. 6. S. 405; Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 260.

2) Und das Product der Organisation des Rechtsstoffes: oben §. 7. not. 7.

3) Arch. f. c. P. XXII. S. 140ff.

Vorstellung, welche nur durch ihre Folgen, beziehungsweise durch deren Gewerung, Wirklichkeit erhält; eine Wirklichkeit, deren Eintreten in Ermangelung der Befugniß zur Eigenmacht seinem letzten Grunde nach auf dem richterlichen Schutze beruht, der sie zu einem rechtlichen Zustande erhebt [4]). Ohne sie ist die natürliche Thatsache ihrer juridischen Bedeutung nach [5]) nur entweder Besitzhandlung oder Mittheilung eines intellectuellen Products, oder eines Products der Intelligenz, wenn das nächste unmittelbare Erzeugniß des Erkennens oder des Wollens mit dieser Benennung belegt werden darf. Ihre natürlich rechtliche Bedeutung beschränkt sich auf den Eindruck, den ihre Fortdauer auf die Erkenntniß Anderer übt, und auf die Nothwendigkeit für diese, ihre Fortdauer als die Verwirklichung eines menschlichen Wollens anzuerkennen, und die zu derselben dienende Thätigkeit nicht zu verhindern. Sie ist daher, ohne Rücksicht auf die Zustände, welche sie begründet, wie den Zustand des Besitzes, den Zustand der Erkenntniß des Willens für einen Andern und die daraus hervorgehenden Zustände der Uebereinstimmung oder des Widerstreits des Willens desselben, nur Willensäußerung. Jede andere rechtliche Bedeutung derselben muß durch einen Zustand vermittelt werden, welcher ihr eine Eigenschaft beilegt. Die Berechtigung, diese Handlungen fortzusetzen und zu dem Ende die Hinderung derselben durch Eigenmacht abzuwenden, die Berechtigung zur Selbervertheidigung, ist ihrer Natur nach [6]) unabhängig vom richterlichen Schutze und ihre Verwirklichung an sich kann auch durch richterlichen Schutz überall nicht erreicht werden. Die Verwirklichung anderer rechtlicher Wirkungen bleibt dahingegen vermöge ihrer Eigenschaft als Product einer positiven Organisation in der Ab-

4) M. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. IV. S. 7 ff.

5) Auch natürliche Thatsachen haben juridische Bedeutungen; aber nicht alle Bedeutungen derselben sind juridische: m. Identität a. a. O.

6) Eine positive Ausnahme in d. P. G. O. Art. 140.

hängigkeit von dem richterlichen Schutze: Die Eigenschaften, welche diese Wirkungen vermitteln, sind zugleich Voraussetzungen und Gegenstände der richterlichen Verwirklichung; sie sind dasjenige Element, welches aus der Rechtsorganisation gleichsam durch eine Befruchtung, welche sie von der natürlichen Thatsache empfängt, erzeugt wird, und dessen Aufsuchung dem richterlichen Amte angehört, sobald es zur Beurtheilung der Bedeutung der natürlichen befruchtenden Thatsache berufen ist. Darin steht dieses Element der Rechtsvorschrift selber ganz gleich, die ebenfalls wiederum thatsächliche Voraussetzungen hat, die aber von Substanzen sich dadurch unterscheiden, daß sie nicht Grundlagen eines Angeeignetseins sind. Jenes Aufsuchen liegt dem richterlichen Amte bei der Beurtheilung jeder natürlichen Thatsache ob. Selbst die Besitzhandlung erfordert eine solche Eigenschaft, um eine Wirkung zu erzeugen, welche Gegenstand eines richterlichen Schutzes werden kann [7]). Denn wenn sie nicht den Zustand des Besitzes hergestellt hat, so ist der Schutz, den sie durch Abwendung der Hinderung oder durch Strafen erlangen kann, nur polizeilicher Natur [8]); und selbst wenn ein Anspruch auf Entschädigung geschützt würde, könnte derselbe nur als eine Verwirklichung der rechtlichen Eigenschaft der Persönlichkeit des Subjects gedacht werden, wenn nicht die Besitzhandlung durch die Befähigung ihres Urhebers zum rechtlichen animus possidendi, als eine Verwirklichung desselben und des Zustandes des Besitzes, juridisch qualificirt wäre [9]). — Es ändert darin nichts, wenn diese Eigenschaften durch Rechtsgewöhnung oder durch gesetzliche Aussprüche gewert sind, da diese Gewerung noch der Verwirklichung durch die richterliche Macht bedarf; und wenn

---

7) Plurimum ex jure mutuatur etc: oben §. 21. not. 3.

8) So beim summariissimum der Schutz der jüngsten Besitzhandlung.

9) Dieser Qualification bedarf es selbst beim interdictum unde vi, und sie begründet die Unterscheidung der Dejection von einer Injurie gegen die Person. Vgl. Arch. f. c. P. XXIV. S. 204. not. 21.

jemand die Verwirklichung solcher Eigenschaften selber für eigne Zwecke zu erzwingen befugt ist, wie z. B. bei der deutschen Grundherrlichkeit es ursprünglich der Fall ist, so liegt eine richterliche Macht für seine eignen Sonderzwecke in seinen Händen.

§. 23.

Der Streit über eine solche Eigenschaft, und die Nothwendigkeit einer generellen Beweisauflage, kann in allen Zweigen der Rechtsstreitigkeiten vorkommen. Ihre Wurzel ist der Zustand eines Rechtsstoffes. Sofern dieser Zustand nicht das Product einer Sonderorganisation ist, die der Gesammtorganisation nur die Gewerung verdankt, wie der Besitz, sondern aus einer Gesammtorganisation entspringt [1]), ist er im Gebiete des Sonderrechts immer das Dasein des Angeeignetseins eines Gegenstandes, welches, sofern dieser Gegenstand sich nicht als integrirender Bestandtheil einer Willensthätigkeit, oder einer Person darstellt, ein Rechtsverhältniß bildet; wiewohl es sich in diesem Streite über die Eigenschaft nicht um die Herstellung der Wirksamkeit des Angeeignetseins, sondern nur um eine ihr aequipollente Verwirklichung seines Daseins in dessen Folgen handelt [2]). Ein Beispiel, wie ungeeignet Beweisauflagen über sie ausfallen können, wenn man den Streit als einen eigentlichen Rechtsstreit über das Rechtsverhältniß selber behandelt, und nach einer ihm entsprechenden Specialisirung strebt, ohne sie erreichen zu können, und so zwischen specieller und genereller Beweisauflage hängen bleibt, wird folgender Fall gewähren. Ein Schwiegervater wurde wegen zu leistender Uebergabe des Dotalguts verklagt. Er excipirte: er habe geleistet,

---

1) Oben §. 7. nach not. 2. §. 8. a. Anf.

2) Welche Verwirklichung dann bald in der Aneignung eines aequipollenten Gegenstandes vermittelt wird, wie bei der Verurtheilung aus einem Obligationsverhältnisse, bald aber auch durch eine Verwandlung in eine liberirende Wirkung, z. B. wenn das Dasein des Eigenthums des Auctors seine Veräußerung zu einer Eigenthumsübertragung qualificirt.

indem er dem Schwiegersohne das Einziehen einer Forderung von 100 Thalern verstattet habe [3]). Es wurde replicirt: daß diese Forderung der Tochter und Ehefrau des Klägers zuständig gewesen, zu ihrem peculium adventitium gehört und dem Kläger durch diese seine Ehefrau zugebracht worden, und zur Begründung angeführt, daß das Geld, womit diese Forderung erworben und welches diese den Schuldnern während ihres Aufenthalts im väterlichen Hause übergeben hatte, ihr von ihren Oheimen geschenkt worden sei [4]). Darauf wurde duplicirt: daß dieses Geld von jenen Oheimen nicht der Tochter und Ehefrau des Klägers, sondern deren Mutter, der Ehefrau des beklagten Schwiegervaters, geschenkt worden sei [5]). Es wurden nun alle diese Behauptungen respective als Exceptional-, Repliken- und Dupliken-beweise auferlegt, und zwar in der angegebenen Fassung, aber mit folgenden Veränderungen. Der Exceptionalbeweis

---

3) Seine Liberation sollte also ein aequipollentes Surrogat des Gegenstandes seines Forderungsrechts sein.

4) Es wurde also das Dasein eines Rechtsverhältnisses opponirt, welches dem Dasein jenes Forderungsverhältnisses die Verwirklichung, und damit dem Gegenstande desselben die Geeignetheit entziehen sollte, ein aequipollentes Surrogat der Liberation von der Leistung der Uebergabe des Dotalguts zu sein. Es hätte indeß genügt, das Verstatten des Einziehens der Forderung zu läugnen, ein Läugnen, welches vollkommen gerechtfertigt war, wenn jene Forderung dem Beklagten nicht zuständig war. Daß das Geld der Ehefrau des Klägers in Folge einer Schenkung der Oheime gehört, war Prämisse eines directen Gegenbeweises gegen die Einrede.

5) Diese Behauptung der Schenkung an die Ehefrau des Beklagten war eine Prämisse eines directen Gegenbeweises gegen die Prämisse des am Ende der not. 3. genannten directen Gegenbeweises des Klägers, und brauchte daher noch nicht vorgebracht zu werden. Der Grundsatz: reprobatio reprobationis non datur, kommt hier selbverständig nicht zur Anwendung. Hier vorgebracht, gestaltete jene Behauptung sich als die Opposition des Daseins eines Rechtsverhältnisses, des Forderungsrechts der Ehefrau des Beklagten, gegen die Verwirklichung des Daseins eines andern Rechtsverhältnisses, des Forderungsrechts der Ehefrau des Klägers, zu einem aequipollenten Surrogat der Liberation des Beklagten von der Leistung der Uebergabe des Dotalguts.

wurde dahin gefaßt: daß der Beklagte die fraglichen 100 Thaler dem Kläger überlassen oder angewiesen habe, und die Einschaltung: als dos, wurde in höherer Instanz gestrichen [6]). Es wurde ferner in dem Replikenbeweise die Behauptung hinweggelassen, welche vorhin als die zur Begründung aufgestellte bezeichnet worden. Die Eigenschaft der Handlung, welche die Uebergabe der dos vermittelt haben sollte, wurde hier demnach auf eine Eigenschaft des dazu verwendeten Stoffes zurückgeführt, und die Frage war die: ob jene Forderung von 100 Thalern eine Forderung des Beklagten oder der Ehefrau des Klägers gewesen? [7]). Diese Frage war von der weitern Frage abhängig: ob die Schenkung der Oheime der Ehefrau des Klägers oder der Ehefrau des Beklagten (die mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebte) gemacht worden. Der Repliken-Beweis enthielt nun zweimal einen directen Widerspruch sowohl mit dem Exceptionalbeweise, als mit dem Duplikenbeweise. Denn war die Forderung der Ehefrau des Klägers zuständig, oder war sie von ihr dem Kläger zugebracht, so konnte, nach der Beziehung der verschiedenen Behauptungen zu einander, der Beklagte sie dem Kläger nicht überlassen, und es konnte auch das zum Erwerbe der Forderung verwendete Geld nicht die Eigenschaft eines der Ehefrau des Beklagten zuständigen Stoffes in dieser Verwendung gehabt haben, also auch kein ihr geschenktes Geld (wenigstens nicht mehr) gewesen sein [8]). Hätten die Par-

---

6) Nachdem der Kläger eine Replik opponirt hatte, die keine eigentliche Replik, nemlich Gegeneinrede war (auf welche die Regel: excipiens non fatetur, also keine Anwendung erleiden konnte), und die ihrem Inhalte nach die Zuständigkeit der Forderung zum entscheidenden Streitpunkte erhob, indem sie die Erkärung involvirte: wenn dem Beklagten jene Forderung zustand, so hat er sich von der Leistung der Uebergabe des Dotalguts liberirt; war dieses Streichen gerechtfertigt.

7) Oben not. 5. a. E.

8) Aequipollenzverhältniß widerstreitender Zustände: oben §. 11. a. E. §. 12. nach not. 9.

theien sich gegenseitig den Eid deferirt, so hätten sie doppelt und beziehungsweise jede das Gegentheil des Gegenstandes des Eides der andern beschwören müssen, wenn die Beweisauflagen aufrecht erhalten bleiben sollen. Ein generelles Beweisthema würde sich auf den Satz beschränkt haben: Beklagter hat, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, die Uebergabe des geforderten Dotalguts darzuthun; etwa mit der Declaration: wobei ihm die Benutzung der zur Begründung dieser Uebergabe aufgestellten Behauptungen, eben so wie dem Kläger die Benutzung der von ihm aufgestellten Gegenbehauptungen unbenommen bleibt. Es versteht sich, daß diese Declaration überflüssig wäre, wenn die Ansicht feststände, daß diese Behauptungen in die Categorie der Prämissen gehören. — Zieht man dahingegen eine Conclusion, so fällt sie dahin aus: es ist streitig, ob das zum Erwerbe der zur Uebergabe der dos benutzten Forderung verwendete Geld von den Oheimen der Ehefrau des Klägers dieser oder der Ehefrau des Beklagten geschenkt worden; und da es der Lage der Verhandlungen nach von diesem Umstande abhängt, ob die vom Beklagten behauptete Uebergabe der dos geleistet, so hat Beklagter, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen, daß seiner Ehefrau u. s. w. Der Duplikenbeweis wäre also in die Stelle des Einredenbeweises getreten, oder vielmehr der Beweis einer Prämisse des Einredenbeweises geworden; und der Replikenbeweis der Beweis einer Prämisse der Vernichtung des Einredenbeweises. Das Resultat der Sache war, daß der Beklagte seine Beweisführung auf ein Aequipollens jener Prämisse des Einredenbeweises richtete, indem er den Beweis antrat: daß das zum Erwerbe der Forderung gegebene Geld von dem seinigen genommen. Damit kam er feliciter durch, und das durch mehrere Instanzen gegangene Beweisinterlocut hatte weiter keinen Einfluß, als daß eben dem Beklagten die Beweislast mit freier Wahl des Thema zufiel.

§. 24.

Hätte aber in dem angegebenen Beispiele die Beweisauflage in der That eine specielle Beweisauflage sein sollen, so wäre es erforderlich gewesen, in dem Beweisthema die verschiedenen Handlungen, welche in Ansehung des fraglichen Geldes die Eigenschaft der Besitzhandlungen haben konnten, und die verschiedenen Mittheilungen, welche in Beziehung auf die Begründung, Ueberweisung beziehungsweise auch über die Einziehung der fraglichen Forderung unter den betreffenden Personen vorgegangen, in der gangbaren Redeweise des gemeinen Lebens auszudrücken. Es hätte auf die natürlichen Thatsachen gerichtet werden müssen, welche mit Hülfe der allgemeinen Begriffe des Laien im Rechte durch die Sinne wahrnehmbar sind [1]). Dazu fehlte aber allerdings der Stoff. Und dieser Mangel wird in der deutschen Prozeßführung noch häufiger sein, als der Mangel einer gehörigen Einlassung auf die Thatsachen; sofern dieser Mangel nicht nothwendige Folge des ersteren ist, und also der Einlassung nicht zur Last gelegt werden kann. Um dem letztern Mangel insoweit, als er seine Quelle in der Einlassung selber hat, vorzubeugen, kennt der Sächsische Prozeß eine Art von Tortur; indem jede Parthei den Vortrag ihres Gegners bei ihrer Beantwortung wörtlich wiederholen muß. Allein wenn der Vortrag die einzelnen Behauptungen nicht gesondert in behauptender, sondern theilweise in demonstrirender Form aufstellt, so verfehlt auch dieses Mittel seinen Zweck. Hat z. B. der Kläger behauptet: den Acker, welchen ich besitze, hat der Beklagte gewaltsam benutzt [2]), so kann der Beklagte, auch wenn nur die Gewaltsamkeit unwahr ist, doch mit vollem Rechte den ganzen Satz läugnen. Die Obliegenheit, anzugeben: ob und worin das Factum anders,

---

1) M. Erörter. z. Linde S. 133. S. 345—347. S. 405—409; Identität S. 113 ff. S. 169. 170. S. 177. Auff. in der Zeitschrift für Civilr. u. Proz. XI. S. 240.

2) Oben §. 11.

als der Kläger es vorgebracht habe, und wie es sich eigentlich verhalte [3]), kann die Obliegenheit nicht in sich schließen, die Mängel der Ausdrucksweise des klägerischen Vortrages zu heben. Eine gehörige Einrichtung der Geschichtserzählung hätte hier wenigstens über den Besitz des Klägers sofort ein Geständniß herbeiführen können, und zwar auch wenn die facta possessionis nicht vorgetragen wären. Die Störung ist in diesem Beispiele allerdings durch die gewaltsame Benutzung umschrieben, aber nicht substantiirt. Sie müßte indeß als substantiirt angesehen werden, wenn der Kläger gesagt hätte: der Beklagte hat wider meinen Willen Besitzhandlungen an dem Acker ausgeübt. Dadurch wäre aber für die Möglichkeit einer speciellen Beweisauflage noch nichts geschehen, da der Ausdruck: Besitzhandlung, in der allgemeinen Redeweise nicht gangbar ist, und man einem Zeugen die Frage nicht würde vorlegen dürfen: ob jemand eine Besitzhandlung vorgenommen habe, damit er sie absolut bejahen oder verneinen könnte. Die Ursache davon ist die, daß eine Besitzhandlung als solche und an sich selber der unmittelbaren Wahrnehmung durch die Sinne überall nicht zugänglich ist, sondern nur durch die Beurtheilung des sinnlichen Eindruckes, den eine Thätigkeit hervorbringt, mittelst eines Schlusses auf die Absicht ihres Urhebers zu besitzen, erkannt werden kann. Sie steht darin einem Zustande gleich. Sie unterscheidet sich aber von diesem dadurch, daß in ihm die Eigenschaft einer Thätigkeit zum Erzeugnisse derselben, und so zum selbstständigen Gegenstande des Vorstellens geworden ist. Die Handlung aber, welche die Eigenschaft der Besitzhandlung an sich trägt, fällt mit der Besitzhandlung selber zusammen, und ihre Eigenschaft ist das Erzeugniß des Zustandes [4]) in dem sie sich er-

---

3) Oben §. 10.

4) Der Sonderorganisation der Besitzthätigkeit (oben §. 7. nach not. 2; §. 8. a. Anf.) der Personen, unter denen die rechtliche Wirkung der Besitzhandlung in Frage steht, und durch die Verwirklichung des Willens

eignet hat. Eine Substanz einer Besitzhandlung ist daher von ihren Prämissen eben so wenig unterscheidbar, als die Substanz eines Zustandes von dessen Prämissen. Dem factum possessionis steht jedes Handeln oder Unterlassen gleich, welches einen thatsächlichen Einfluß auf einen Rechtsstoff ausübt, der als ein bereits gestalteter behandelt wird, und insofern durch dasselbe eine Culpa begründet ist, fällt es mit der fehlerhaften Besitzhandlung unter den Begriff des s. g. factum contraventionis. Eine Substanz empfängt ihre Bedeutung als solche, nemlich als Grundlage der Entstehung eines Rechtsverhältnisses, erst dadurch, daß ihr Erzeugniß durch eine Rechtsnorm gestaltet ist. Die Besitzhandlung empfängt dahingegen ihre Gestaltung durch einen Sonderwillen, und kann schon deshalb nicht substantiirt sein.

§. 25.

Demnach bedarf eine Besitzhandlung eben so wenig, als ein Zustand oder eine Eigenschaft, einer Begründung durch eine eigentliche, nemlich substantiirende, Geschichtserzählung um sie zur prozessualischen Benutzung zu bringen, und eben so wenig bedarf es hinsichtlich ihrer einer speciellen Beweisauflage. Es beschränkt sich das Erforderniß einer solchen Geschichtserzählung auf die natürlichen Thatsachen als Willensäußerungen, welche den in Frage stehenden rechtlichen Wirkungen zum Grunde gelegt werden [1]). Die Geschichtserzählung selber ist eine Mittheilung der Producte des Erkennens [1]), und ausser dem Prozesse geschehene Mittheilungen dieser Art können als selbstständige Bestandtheile der Geschichtserzählung nicht angesehen werden, sondern nur als Prämissen des Zustandes des Wollens in Betracht kommen, bedürfen daher keiner Aufnahme in dieselbe; es sei denn, daß Prämissen als Aequipollentien der Substanz in ihr einen

der Occupation der einen und den Zustand des Willens der andern in Ansehung dieser Occupation, vermittelt wird.

1) Oben §. 22 nach not. 5.

Platz finden müßten [2]). Dieser letztere Fall tritt ein, wenn s. g. stillschweigende Willensäußerungen der rechtlichen Wirkung zum Grunde gelegt werden, indem es hier einer Anführung der concludenten Thatsachen in der Geschichtserzählung bedarf. Abgesehen von diesem Falle beschränkt sich also die Geschichtserzählung auf die Darstellung der Mittheilungen von Willensbestimmungen, in der Gestalt, wie sie der Auffassung des gemeinen Lebens erscheinen, und die Angabe der Zustände, von denen ihre in Frage stehenden rechtlichen Wirkungen abhängen, sofern diese Zustände nicht der allgemeinen Rechtsorganisation angehören [3]). Diese Zustände können selbst in dem Dasein von Rechtsverhältnissen bestehen, z. B. in einem Dasein des Eigenthums des Auctors oder in seiner Eigenschaft als Eigenthümer [4]). Insofern indeß diese Zustände nicht grundlegende Momente für die Eigenschaft der Willensbestimmung sind, sondern in der Verwirklichung bedingender Momente ihrer Wirksamkeit bestehen [5]), z. B. der frühere Tod einer Person bei einer Schenkung auf den Todesfall, wird diese Verwirklichung ein integrirender Bestandtheil der Willensbestimmung, und die Ereignisse, welche diese Verwirklichung herbeigeführt haben, scheiden sich von den Prämissen eines Zustandes durch ihre Eigenschaft als vervollständigende Ausführungen des Inhalts der Willensäußerung aus, und treten in das Gebiet der Substanzen ein. Sie bedürfen daher einer gleichen Darstellung in der Geschichtserzählung, wie die Willensäußerungen selber. Dasselbe gilt auch von ihren Aequipollentien, sofern sie zur Benutzung kommen sollen, die in den Prämissen von Rechts-

2) Oben §. 12.

3) So die allgemeinen Organisationen des Rechtsstoffes der ihn geeignet macht, Gegenstand von Aneignungen zu werden: oben §. 6. not. 3. §. 7. not. 3.

4) In welchem Falle sie Stoff einer bedingten Präjudicialsache sein können: m. Identität S. 357. lit. c. S. 360. S. 361. lit. A. und nach lit. B. Vergl. oben §. 23. bei not. 1.

5) Ebendas. S. 357. Zif. 1. S. 358. S. 359. nach lit. B. S. 360.

präsumtionen [6]), oder auch in rechtskräftigen Entscheidungen über ihr Dasein, oder Präjudicien [7]), bestehen können; und insofern die Klage sich auf ein Rechtsverhältniß gründet, welches Aequipollens eines Zustandes ist [8]), treten die Prämissen dieses Zustandes, insofern sie in Willensäußerungen bestehen, die die Aneignung des ideell gestalteten Rechtsgegenstandes vermitteln [9]), in eben dasselbe Verhältniß. Insofern der Vortrag einer Parthei andere relevante Momente, ausser der Aufstellung von Rechtsnormen und Rechtsdeductionen, des juridischen Factum, des Rechtsverhältnisses und des Gesuches, enthält, welche nicht das Verfahren unmittelbar gestalten, tritt er in das Gebiet der Beweisantretung hinüber; sei es nun, daß der Urheber des Vortrages ihn freiwillig auf jene Momente ausdehnte, oder eine Opposition ihn nöthigte, den Prozeß auf das Gebiet der Verwirklichung eines ausserhalb des Prozesses begründeten Zustandes hinübergehen zu lassen. Im letzteren dieser Fälle werden diejenigen Momente, welche den Inhalt der Geschichtserzählung bildeten, sofern sie in diesem Gebiete zur Benutzung kommen, also in ein executionspräparatorisches Verfahren hinübergehen, Aequipollentien von Prämissen [10]). Geht eine Klage von Anfang an nur auf die Verwirklichung eines Zustandes, so gibt es eine Geschichtserzählung nur in Ansehung der Veranlassung zur Klage. Es bedarf nur einer Aufstellung der Gestaltung des Zustandes, um den es sich handelt, und des Mangels seiner Verwirklichung, z. B. des Besitzes und seiner Störung, um die Klage zu begründen; und diejenigen Momente, welche die Voraussetzungen des fraglichen Zustandes sind, werden im Vortrage an den Richter als Aequipollentien von Prämissen der Gewißheit der Be-

6) Oben §. 12. nach not. 12.
7) Oben not. 4. 5.
8) Oben §. 12. nach not. 10.
9) Ebendas.
10) Oben §. 16. a. E.; §. 17; §. 21. nach not. 10.

fugniß, welche der Kläger geltend macht, Bestandtheile der Beweisantretung. Das Gebiet der Geschichtserzählung beschränkt sich demnach auf die Grundlage des Klagerechts, welches sich, sofern es aus einem Rechtsverhältnisse entspringt, als eine Befugniß sich dessen Wirksamkeit anzueignen, oder als die Zuständigkeit des Rechtsverhältnisses darstellt, insofern es aber auf einem Zustande beruht, in der Befugniß, dessen Verwirklichung für sich in Anspruch zu nehmen, besteht. In diesem letztern Falle enthält sie aber wiederum keine eigentliche Substantiirung, sondern nur eine Beschwerde über ein s. g. factum contraventionis[11]); es sei denn, daß diese Befugniß wiederum zu einem dem Zustande aequipollenten Rechte gestaltet wäre, um dessen Zuständigkeit es sich handelte, wie bei der Obligation; wo die Prämissen des Obligationszustandes für das Klagerecht und seine causa wahre Substanzen sind. Der Gegenstand des eigentlichen Substantiirens ist also der Klagegrund, wenn man darunter diejenige concrete juridische Thatsache versteht, welche unmittelbar das Klagerecht erzeugt hat, nemlich dasjenige Recht, dessen Anerkennung oder Realisirung den letzten Zweck der concreten Klage bildet[12]).

§. 26.

Die Unterscheidung zwischen Substanz und Prämissen beruht demnach allein auf der Klageform. Sie setzt eine Klageform voraus, deren rechtliche Grundlage als ein zu einem vollendeten Angeeignetsein ausgebildetes Erzeugniß einer auf eine Gesammtorganisation gegründeten Sonderthätigkeit aufgefaßt wird. Diese Auffassung vermittelt die Ausscheidung dieser Sonderthätigkeit als einer aneignenden, aus der organisirenden Thätigkeit, und ihre Eigenschaft als einer Substanz des Angeeignetseins im Gegensatze dieser organisiren-

---

11) Oben §. 24. nach not. 4.

12) Zeitschr. für Civilr. und Proz. XI. S. 260; Erörter. z. Linde S. 405.

den Thätigkeit. Die durch diese Auffassung erzeugte Bedeutung des Klagerechts, als einer Folge der Unwirksamkeit eines ideel verwirklichten Angeeignetseins, vermittelt die Möglichkeit, ein unwirksames Dasein dieser Substanz von ihrer ihre Wirksamkeit bedingenden Gewißheit zu unterscheiden; während die organisirende Thätigkeit ohne einen durch ihre Gewißheit bedingten organisirenden Erfolg überall kein rechtliches Dasein hat. Die organisirende Thätigkeit kann nur in einem durch sie organisirten Zustande zum rechtlichen Dasein gelangen, während die Substanz nicht erst dieses Dasein, sondern nur eine Wirksamkeit durch einen, und zwar durch einen von ihrem Dasein unabhängigen, Zustand erlangt. Die Anerkennung des Daseins der Substanz und ihres Produkts, des Angeeignetseins, ist eine Bestätigung desjenigen, was bereits ist, eine veritatis declaratio. Und wenn auch die Anerkennung dieses Products, um zur Herstellung der Wirksamkeit des Angeeignetseins zu dienen, die Verwirklichung eines Zustandes der Substanz erfordert, der diese Herstellung bedingt, nemlich die des Zustandes der Gewißheit derselben; so wird auch diese Verwirklichung durch eine bloße Anerkennung vermittelt, ohne daß sie dadurch indeß den Character der Verwirklichung eines Zustandes verliert, die ein neues rechtliches Moment, ein jus, erzeugt. Dem Richterspruche wird im römischen Rechte bald die Wirkung veritas, bald aber auch die Wirkung jus zu machen, zugeschrieben [1]). Ein solcher Zustand, ein jus, wird aber

1) M. Erörter. zu Linde S. 492. 495. 496; Identität S. 402 ff. Das Dasein der Entscheidung ist dann der Beweisgrund für das jus, so daß man der Entscheidung auch die Bedeutung eines Beweises beilegen kann, wenn man sich ungenau ausdrückt. Dadurch wird aber die Bedeutung des Inhalts und des Gegenstandes der Entscheidung als einer res judicata überall nicht geändert, wie Planck: die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 185 ff., in Beziehung auf das praejudicium aus einer causa minor für die causa major, meint. Daß res judicata für eine Sache machen, und praejudicium für sie machen, gleichbedeutend ist, zeigt sich deutlich in L. 16. f. D. qui pot. in pign. 20. 4. L. 1. D. de exc. r. j. 44. 2. Vergl. auch Mejer: Arch. d. Crim. R. Jgg. 1844. S. 325.

durch die richterliche Anerkennung nicht allein der Substanz zu Theil, sondern auch ihrem Product, dem Rechtsverhältnisse, sofern es durch sie in den Zustand der Wirksamkeit gesetzt wird. Ist dieses Rechtsverhältniß wiederum nur das Aequipollens eines Zustandes, wie das der Obligation[2]), so wird eine veritatis declaratio über das Dasein des Rechtsverhältnisses, sofern sie erfolgt[3]), indeß eine bloße Form der Herstellung eines jus, und der Richterspruch nimmt diese Eigenschaft der Herstellung eines jus ebenfalls dann an, wenn er, wiewohl auf den Grund der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, nur den Zustand des Angeeignetseins eines Gegenstandes ergreift; also die Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses als die Verwirklichung des Angeeignetseins seines verwirklichten Gegenstandes behandelt und sich so zu einem Zuspruch des Erworbenen gestaltet. Eine solche Gestaltung des Richterspruches setzt eine Organisation voraus, die unter den Partheien bereits einen Gesammtzustand des Angeeignetseins verwirklicht, und nur die Ausschließlichkeit des Angeeignetseins, oder das Sonderangeeignetsein, von einem besondern Erwerbe abhängig gemacht hat; und eine Stellung der einen Parthei, vermöge welcher sie den Zustand der Verwirklichung dieses Angeeignetseins für sich begründet hat. Eine Gesammtorganisation, welche einem Stoffe, der unabhängig von einem Angeeignetsein existirt, die passive Aneignungsfähigkeit verleiht, führt für alle Träger der activen Aneignungsbefähigung jenen Gesammtzustand herbei, und verleiht dadurch jedem Sonderzustande der Aneignung, dem sie rechtlichen Schutz gewährt, die **rechtliche** Verwirklichung der Ausschließlichkeit des Angeeignetseins. Es wird dieser Sonderzustand Product einer rechtlichen Gesammtorganisation, und sofern der Besitz rechtlichen Schutz genießt[4]), ist seine Ausschließlichkeit keine bloß thatsächliche,

2) Oben §. 12. nach not. 10.
3) M. Erörter. z. Linde S. 476. not. 1.
4) Oben §. 7. nach not. 2; §. 8. a. Anf.

sondern eine rechtliche[5]). Es gibt einen doppelten Besitz, und im römischen Rechte erscheint derjenige, welcher eine rechtliche Ausschließlichkeit mit sich führt, als die civilis possessio im Gegensatze der naturalis, die nur mit thatsächlicher Ausschließlichkeit bekleidet ist; eine Verschiedenheit die, im Falle des Geschütztseins beider Arten des Besitzes, ihre Wirkung eben darin äußert, daß ihr gegenüber die Herstellung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses des Eigenthums sich zu einer Verwirklichung der rechtlichen Ausschließlichkeit des seinseitigen Angeeignetseins gegen ein anderseitiges Angeeignetsein von rechtlicher Ausschließlichkeit gestaltet[6]). Dadurch wird die Vindication gegen den civilis possessor, die sich als die eigentliche rei vindicatio des römischen Rechts darstellt[7]), auf eine Gewerung oppositioneller an sich gleicher Zustände des Angeeignetseins zurückgeführt, so daß die Collision durch die Entwerung desjenigen gehoben werden muß, der seinen rechtlichen Zustand der Ausschließlichkeit nicht durch eine ebenfalls rechtliche Verwirklichung seines Angeeignetseins zu begründen vermag[8]);

---

5) Oben §. 21. not. 2. 3.

6) In Beziehung auf die objective Seite des Besitzes mußte die factische Ausschließlichkeit, welche die Verwirklichung des animus rem sibi habendi mit sich führte, immer zugleich die rechtliche mit sich führen, und diesen animus eo ipso zu einem animus domini gestalten, sobald dem Besitzer die civile Aneignungsbefähigung beiwohnte. Es erklärt sich aus dieser Organisation erst, wie ein solcher Besitzer einen animus domini haben konnte, ohne sich für ein dominus zu halten; weshalb der Sclave nur eine naturalis possessio haben konnte, und weshalb bei dem Usucapionsbesitze, der civilis possessio ist, wiewohl keinesweges auch das umgekehrte gilt (m. Auff. in Roßhirt's Zeitschr. f. Civilr. und Proz. IV. S. 89. 90.), der Gegenstand nur in der Eigenschaft von demselben ergriffen wird, die er vermöge der Gebrauchsart, welche der Besitzer von ihr macht, gegenüber den Genossen des commercium juris civilis (vergl. unten not. 10.) angenommen hat: L. 23. pr. D. de usurp. 41. 3.

7) Denn diese vindicatio setzt eine civilis possessio des Beklagten voraus: m. not. 6. angef. Auff. S. 82 ff. mit S. 68 ff.

8) Daher streiten auch hier die Partheien über ein und dasselbe Recht: m. Erörter. z. Linde S. 6—8.

eine Verwirklichung, die zum Gegenstande eines s. g. praejudicium [9]) für die Entwerung sich gestaltet. Die Ausschließlichkeit des Angeeignetseins, welche das rechtliche Merkmal des Angeeignetseins ist, ohne welches kein Gegenstand desselben sein, sondern es nur einen Rechtsstoff geben kann, der Mittel für Zwecke ist, und seiner gegenständlichen Substanz nach der Gesammtheit angehört, wird hier an die Stelle dieser Substanz ein genossenschaftliches Gut der Gesammtheit der Aneignungsbefähigten; und diese Genossenschaftlichkeit ist der Grund, weshalb sie nicht Gegenstand des Angeeignetseins, sondern nur Gegenstand einer Gewerung sein kann. Die Gestaltung einer Genossenschaftlichkeit der Ausschließlichkeit des Angeeignetseins eines aneignungsfähigen Stoffes ist gleich einer Genossenschaft der Organisation dieses Stoffes die im Umsatze desselben, oder im rechtlichen Verkehre mit demselben, ihre Verwirklichung findet, und daher als eine Genossenschaft der Verkehrsart, oder Verkehrsgenossenschaft, ein commercium, und zwar nach römischer Gestaltung [10]) ein commercium juris civilis, zu betrachten ist. Die Vindication des usus, durch welchen der Körper dem Sondernutzen nur als Mittel dienstbar [11]), also an sich aus der Stoffgenossenschaft der Rechtsgenossen nicht ausgeschieden war, mußte den Character der Gewerung auch ohne jene Gesammtorganisation an sich tragen, deren Ausbildung nur einer Rechtsgewöhnung zugeschrieben werden kann, die den Körper selber mit dem usus identificirte. Hätte man indeß bei der durch diese Identificirung vermittelten Entwickelung eines eigentlichen dominium, welches den Körper zum Gegenstande eines ausschließenden Rechts gestaltete, mittelst der Rechtsanschauung ihn aus der physischen Verbindung mit

---

9) M. Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 175 ff. §. 10. not. 15 ff.; und in Roßhirt's Zeitschr. für Civil- und Crim. R. IV. S. 71 ff.

10) Ulp. fragm. lib. 19. §. 4. 5; mit Gaj. J. IV. §. 37.

11) Oben §. 3. not. 2.

andern Körpern herausriß[12]), und ihn in das patrimonium eines Einzelnen hineintrug[13]); nicht dennoch den Gesichtspunkt einer Genossenschaft festgehalten, so daß die Genossenschaft des nicht aneignungsfähigen Stoffes in eine Genossenschaft der Organisation des aneignungsfähigen übergegangen, und die Verwirklichung einer durch das commercium juris civilis gestalteten civilis possessio der Verwirklichung einer naturalis possessio gleich geblieben wäre; so würde nicht allein jene künstliche Aufhebung der physischen Verbindung[14]) nicht zur Verwirklichung gelangt, sondern es müßte auch jeder Eigenthumsstreit wegen Mangels der s. g. legitimatio ad causam der rechtskräftigen Entscheidung unfähig gewesen sein. Nur wenn dem beklagten Eigenthümer sein Eigenthum ungerechter Weise abgesprochen worden wäre, würde der Richterspruch jus gemacht haben[15]). Denn da jene Organisation den Eigenthümer in Ansehung des Gegenstandes seines Rechts nicht

---

12) Auch die beweglichen, welche in physischer Verbindung mit dem Erdboden stehen, weil sie ohne ihn nicht existiren können; wiewohl sie nicht mit einem bestimmten Grundstücke in physischer Verbindung stehen, und ihre Trennung nicht, wie die des Grundstücks, einer Vermittlung durch geographische Gränzen bedarf. Der Umfang eines Gegenstandes bildet hier einen abgesonderten Rechtskreis: m. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. I. S. 3. not. 5; vergl. oben §. 11. not. 2.

13) Pr. J. de R. D. 2. 1.

14) In welcher das Ideelle mittelst der Aneignung zum Rationellen gestaltet ist; eine Erscheinung, die man dadurch zu begründen versucht hat, daß der Wille des Eigenthümers die Seele des Gegenstandes werde (Hegel: Philos. d. R. §. 44. 54 ff.), welche indeß ein Product der positiv civilen Gesetzgebung (m. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. II. S. 4. bei not. 9. §. 1. S. 20.), und in unserm Rechte durch die römische Prozeßform, wie weiterhin erhellen wird, festgestellt ist.

15) M. Erörter. z. Linde S. 495. 496. Aus einer Veräußerung des Klägers an den Beklagten und einer Verbindlichkeit des letztern zur Wiederherstellung des klägerischen Eigenthums, welche durch die Litiscontestation begründet worden, will die Kraft der Entscheidung im Vindicationsprozesse erklären: Mayer d. Litiscontest. S. 25. 26. S. 60 ff. Vgl. m. Auff. in Sell's Jahrb. II. H. 2. §. 9. not. 6 ff.

aus der Verbindung mit anderen Rechtsgenossen ausschied; so konnte jene ausscheidende Organisation nur dadurch eine Verwirklichung erlangen, daß sie Genossen derselben waren. Und wenn ihnen die Eigenschaft der Genossen in Ansehung des Gegenstandes in jeder Beziehung fehlte, so konnte nur die Disposition des (wirklichen) Eigenthümers einen Einfluß auf das Recht an dem Gegenstande mit sich führen. Jene Verwirklichung, so wie die Möglichkeit einer rechtskräftigen veritas inter partes im Eigenthumsstreite, sind aber entschieden[16]. Die res blieb im commercium, obgleich sie im patrimonium eines Einzelnen war. Sie war jedem Rechtsgenossen noch ein Mittel für einen möglichen Erwerb, und stand dadurch in Beziehung auf seine rechtliche Dispositionsfähigkeit seiner eigenen künftigen Thätigkeit gleich, und er konnte daher hinsichtlich ihrer mit derselben Wirkung einen Rechtsstreit führen, wie in Ansehung dieser. Er entbehrte das Eigenthum nicht, weil er es nicht erworben, sondern nur deshalb weil ein anderer es hatte, und war daher eben so befähigt es jedem zu bestreiten, als er befähigt war es im ausserprozessualischen Verkehr zu erwerben. Genossenschaft besteht in jedem Gebiete des Rechts, wo die aneignende Rechtsnorm nicht scheidet, und der Rechtsverkehr besteht hier in dem willkürlichen von der Herrschaft allgemeiner Rechtsnormen befreieten Gestalten von Zuständen durch die vertragsartige Autonomie der Genossen, die nur in Ansehung der Form ihrer Ausübung unter solchen Normen steht[17]; eine Autonomie, die zwar auf eine bloße quantitative Absonderung beschränkt bleibt, sobald die allgemeine Rechtsorganisation selber ihre Producte gestaltet, und dann, als zur Natur des Verkehrs gehörig, keine Eigenschaft desselben bildet, die ihm einen besondern rechtlichen Character verleiht;

---

16) Im Legis-Actionen Prozesse hatte indeß die Entscheidung einen andern Character: oben §. 3. not. 3; u. das. cit. Auff. §. 9.

17) M. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. V. S. 9. 10. Nr. VII. S. 11 ff. §. 4. S. 32 ff.

wohl aber dann ihn mit einem solchen Character bekleidet, wenn sie diese Absonderung durch Zustände zu vermitteln vermag, welche nach der allgemeinen Rechtsnorm diese Wirkung nicht erzeugen sollen, und diese den Schutz der allgemeinen Rechtsorganisation genießt.

(Schluß im nächsten Heft.)

VII.

Beiträge zum Prozeßrecht. Nach Frankfurter Rechtsfällen.

Von

Dr. **Bender** in Frankfurt a. M.

Einleitung.

Der nachfolgende Aufsatz will einen Beitrag zur Förderung der Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis des Rechts dadurch liefern, daß er in kurzen Sätzen nachzuweisen sucht, wie sich die Gerichte, besonders diejenigen zweiter und dritter Instanz, aus Veranlassung Frankfurter Rechtsfälle neuerer Zeit über erheblichere Fragen des gemeinen Prozeßrechts ausgesprochen haben. In Frankfurt gilt nemlich das gemeine Recht subsidiär und besteht grundgesetzlich das Recht der Actenversendung an deutsche Juristen-Facultäten in der Appellations- und Revisionsinstanz, während Ober-Appellationssachen an das gemeinschaftliche Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck gelangen, bei welchem von der Actenversendung zur Abfassung des Endurtheils gleichfalls Gebrauch gemacht werden kann. Es sind also zunächst Rechtsansichten des obersten Gerichtshofs zu Lübeck und deutscher Juristen-Facultäten, welche hierbei in Betracht kommen. Die Resultate der Rechtsanwendung der Obergerichte werden nach den bezüglichen Lehren des gemeinen Prozeßrechts zusammen-